UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

EXTINCTION
DES
PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES
SUR LES IMMEUBLES

THÈSE POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE
Le vendredi 21 Mai 1897, à 3 heures, dans la salle des Actes publics de la Faculté

PAR

L. CHAMPDAVOINE
Avocat à la Cour d'Appel de Poitiers
Lauréat de la Faculté de Droit
(Concours de licence 1893 : 1re mention de Code civil ;
2e médaille de Procédure civile)

POITIERS
IMPRIMERIE BLAIS ET ROY
7, RUE VICTOR-HUGO, 7
—
1897

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547322_0043

UNIVERSITÉ DE POITIERS
FACULTÉ DE DROIT

EXTINCTION

DES

PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

SUR LES IMMEUBLES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le vendredi 21 Mai 1897, à 3 heures, dans la salle des Actes publics de la Faculté

PAR

L. CHAMPDAVOINE
Avocat à la Cour d'Appel de Poitiers
Lauréat de la Faculté de Droit
(Concours de licence 1893 : 1re mention de Code civil;
2e médaille de Procédure civile)

POITIERS
IMPRIMERIE BLAIS ET ROY
7, RUE VICTOR-HUGO, 7

1897

UNIVERSITÉ DE POITIERS

FACULTÉ DE DROIT

MM. Le Courtois (✲ I ⚜), doyen, professeur de Droit civil.

Duchocq (O ✲ I ⚜), doyen honoraire, professeur honoraire, professeur à la Faculté de Droit de Paris, correspondant de l'Institut.

Thézard (I ⚜), doyen honoraire, professeur de Droit civil, sénateur.

Arnault de la Ménardière (I ⚜), professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

Normand (I ⚜), professeur de Droit criminel.

Parenteau-Dubeugnon (I ⚜), professeur de Procédure civile.

Arthuys (I ⚜), professeur de Droit commercial et chargé du cours de Droit maritime.

Bonnet (I ⚜), professeur de Droit romain.

Petit (I ⚜), professeur de Droit romain et chargé du cours de Science et Législation financières.

Barrilleau (I ⚜), professeur de Droit administratif et chargé d'un cours de Droit administratif pour le Doctorat.

N..., professeur d'économie politique.

Surville (A ⚜), professeur de Droit international public et chargé d'un cours de Droit civil.

Prévot-Leygonie (A ⚜), professeur d'Histoire du Droit public (Doctorat); de principes du Droit public et Droit constitutionnel comparé (Doctorat), chargé du cours de Droit international public (2e année).

Michon, agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit français et des Eléments du Droit constitutionnel (1re année) et du cours d'Histoire du Droit (Doctorat).

Chéneaux, agrégé, chargé des cours d'Economie politique (Doctorat), d'Histoire des Doctrines économiques et de Législation et Economie rurales.

Girault, agrégé, chargé du cours d'Economie politique et du cours de Législation et d'Economie coloniales.

Roche (I ⚜), secrétaire.

Coulon (I ⚜), secrétaire honoraire.

COMMISSION

Président : M. Arnault de la Ménardière.

Suffragants MM. Le Courtois, doyen. Girault, agrégé.

AVANT-PROPOS

« Le régime hypothécaire, a dit M. Troplong, restera « toujours la partie la plus ardue du Code Napoléon, car il « remue les intérêts les plus nombreux et les plus graves, « il met en conflit les droits les plus opposés, et en même « temps les plus dignes de faveurs. » Ces paroles, si rigoureusement exactes en 1832, n'ont rien perdu de leur valeur, et tout au contraire la question de notre régime hypothécaire est restée obscure et difficile en même temps qu'intéressante et pratique.

Quoi de plus important, en effet, qu'une institution qui forme le pivot de notre crédit immobilier; et la législation de 1804 sur ce point est critiquée, peut-être justement, malgré les modifications qui y ont été apportées; qui sait si nous ne touchons pas à une réforme complète de notre Code civil sur cette nature ?

Notre intention n'est point d'entreprendre une étude complète de notre régime hypothécaire français; dans ce dédale nous avons voulu prendre un point, dont le côté éminemment pratique n'échappera à personne : l'extinction des privilèges et des hypothèques sur les immeubles.

Étudier en effet les privilèges et les hypothèques dans leur origine, leur transformation; voir quelle a été leur évolution, et quel serait le code idéal sur cette matière, intéresse au premier chef le jurisconsulte et le législateur.

Savoir au contraire comment ces privilèges et ces hypothèques sur les immeubles une fois établis vont s'éteindre, quels faits juridiques en entraîneront la déchéance, c'est une question qui intéresse d'abord le jurisconsulte et en second lieu le praticien.

Nous prenons donc comme base de notre étude l'article 2.180 du Code civil, dont nous adopterons l'ordre de rédaction : chaque mode d'extinction fera l'objet d'un chapitre distinct, puis nous examinerons s'il ne convient pas d'ajouter un autre chapitre à cette énumération ; nous aurons ainsi l'occasion d'étudier un certain nombre de lois intéressantes qui sont venues modifier assez profondément le régime hypothécaire du Code Napoléon. Enfin, dans un dernier chapitre, nous examinerons quelles sont les modifications et les réformes qu'on pourrait apporter dans notre matière.

Disons, en terminant, que nous n'avons point la téméraire prétention d'avoir écrit une étude inédite sur ce sujet ; nos aspirations sont moins hautes : nous avons essayé de grouper aussi clairement que possible les théories juridiques qui concernent l'extinction des privilèges et des hypothèques : trop heureux si nous avons pu même obtenir ce résultat.

EXTINCTION

DES

PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

SUR LES IMMEUBLES

CHAPITRE PREMIER

Extinction de l'obligation principale

Il convient de classer les modes d'extinction prévus par l'art. 2180 C. c. en deux catégories : la première fait l'objet de notre premier chapitre : elle a trait à l'extinction des privilèges et des hypothèques par voie de conséquence ; ces sûretés réelles sont destinées à garantir une obligation quelconque. Cette obligation disparaît-elle, les garanties qui en étaient l'accessoire s'éteignent avec elle, en d'autres termes les privilèges et les hypothèques disparaissent par voie de conséquence ; la seconde classe des modes d'extinction comprend les causes dites par voie principale. Dans ce cas, les privilèges et les hypothèques s'éteignent indépendamment de l'obligation qui peut continuer à subsister ; l'art.

2180 nous énumère trois modes d'extinction par voie principale : la renonciation, la purge et la prescription.

Cette distinction faite nous permet d'aborder l'étude des modes d'extinction par voie de conséquence, auxquels se réfère notre article 2180-1° ainsi conçu : les privilèges et les hypothèques s'éteignent : 1° « par l'extinction de l'obligation principale ».

Un privilège ou une hypothèque est un droit accessoire : la loi nous en accorde le bénéfice pour garantir l'exécution des dettes contractées à notre profit par un débiteur; une fois cette dette éteinte, le privilège ou l'hypothèque qui l'accompagnait disparaît également : rien de plus logique, et à défaut d'un article du code, cette conséquence s'imposait à l'esprit du jurisconsulte.

Mais la question n'est que déplacée, et nous sommes appelés à examiner incidemment quels sont les modes d'extinction de l'obligation principale.

Car si le principe est vrai, si l'extinction de celle-ci doit toujours entraîner celle des privilèges et des hypothèques, nous verrons cependant qu'il n'est pas sans exceptions, peut-être plus apparentes que réelles.

Il nous reste à faire l'étude de l'art. 1234 dont nous n'observerons cependant pas scrupuleusement la classification : nous ne ferons pas en effet en premier lieu une section distincte pour la novation, que nous traiterons avec la remise volontaire, car en réalité la novation est une remise de la dette primitive; en second lieu nous laisserons de côté les quatre dernières causes d'extinction énumérées par l'art. 1234; les trois premières ne donnent lieu à aucune difficulté, la quatrième

trouvera sa place dans le chapitre qui traitera de la prescription hypothécaire.

SECTION PREMIÈRE

Le Paiement

Une fois la dette payée, l'obligation prend fin, et par suite les hypothèques ou les privilèges qui pouvaient y être attachés disparaissent.

Mais pour obtenir ce résultat, il est clair que l'obligation principale doit avoir entièrement disparu, c'est-à-dire que la dette doit avoir été intégralement payée. S'il en était autrement, le caractère de l'indivisibilité de l'hypothèque serait violé : « Est tota in toto, et tota in qualibet parte. »

La doctrine et la jurisprudence nous fournissent une application curieuse de ce principe : il s'agit de l'hypothèque légale du mineur sur les biens de son tuteur; cette hypothèque est destinée à garantir toutes les créances dont le tuteur pourra se trouver débiteur envers son pupille au sujet de sa gestion; or, on avait discuté la question de savoir si le paiement du reliquat de compte fait par le tuteur au mineur devenu majeur mettait entièrement fin à l'hypothèque légale, si par exemple elle ne continuait pas d'exister pour les redressements de compte qui pourraient survenir plus tard. La question est sans difficultés pour nous, à l'aide du principe que nous avons posé : là où l'obligation principale a disparu, les privilèges et les hypothèques qui l'accompagnaient disparaissent également; là où l'obli-

gation principale n'a pas été complètement éteinte, où le *paiement* n'est pas définitif, les privilèges et les hypothèques, en vertu de leur caractère d'indivisibilité, continueront d'exister avec toute leur force. Or, quelle est, dans notre espèce, l'obligation du tuteur? Elle est de rendre compte : non pas un compte quelconque mais un compte exact et rigoureux de sa gestion ; il est *responsable* s'il commet des erreurs, cette responsabilité fait partie justement de son *obligation principale,* il l'a endossée, au moment où la tutelle s'est ouverte, et par conséquent l'obligation principale n'est pas complètement éteinte ; donc l'hypothèque légale du mineur persistera avec toute sa force.

Cette opinion du reste est généralement admise en doctrine et en jurisprudence. M. Demolombe, au tome II de son traité de la minorité, nous dit : « Prétendre, « comme l'avait fait la cour d'Amiens, que toutes les ga- « ranties du mineur sont épuisées par le compte rendu « et le paiement du reliquat, c'est nier le droit du « mineur d'agir en redressement de ce compte dans « les dix ans de sa majorité, c'est violer ouvertement « l'article 475 du Code civil. »

« L'hypothèque légale du mineur et de l'interdit, nous « disent MM. Aubry et Raux, tome III, p. 216, s'éteint « par la prescription de l'action en reddition ou en « révision de compte qui leur compète contre le tuteur « ou ses héritiers ; mais elle survit à la reddition du « compte de tutelle et au paiement même du reliquat, « pour tous les redressements de compte que l'ancien « pupille ou ses ayants droit peuvent avoir à réclamer, « et prime, quant à ce, toutes les hypothèques posté-

« rieures et spécialement l'hypothèque légale de la « femme mariée. »

Toutefois des restrictions sont nécessaires ; car enfin l'action du pupille dure dix ans : faut-il prétendre que durant dix ans les acquéreurs par exemple d'un immeuble du mari auront à redouter l'hypothèque légale de l'ancien mineur? Un arrêt de la cour de Poitiers est particulièrement instructif sur ce point. Il nous est rapporté dans Dalloz, année 1895, 2me partie, page 41 :

« Attendu que, s'il est vrai que l'hypothèque légale du « mineur garantit non seulement le reliquat du compte « de tutelle, mais encore les redressements éventuels « que le mineur, devenu majeur, aurait fait établir à « son profit, pendant dix ans à partir de la majorité, et « que si l'on peut dire avec raison que cette hypothè- « que survit à la reddition du compte et même au paie- « ment du reliquat, tant que l'action relative aux faits « de la tutelle subsiste, ce n'est qu'autant qu'elle aura « été régulièrement inscrite dans le délai fixé par « l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 ; qu'autrement, « lorsqu'elle n'a pas été inscrite pendant l'année qui a « suivi la cessation de la tutelle, elle ne date, à l'égard « des tiers, que du jour de son inscription, perdant « ainsi le bénéfice de son caractère privilégié d'hypo- « thèque légale pour tomber au rang des hypothèques « ordinaires, et se trouver comme telle soumise à tou- « tes les déchéances qui peuvent atteindre les hypo- « thèques de cette nature, etc., etc... »

En nous inspirant de cet arrêt, nous dirons : les acquéreurs d'un immeuble du tuteur devront, pour se mettre à l'abri de toute poursuite de la part du mineur,

remplir les formalités de la purge selon les articles 2193 et s. du Code civil si la tutelle n'est pas terminée depuis plus d'un an ; dans le cas contraire, et si le mineur devenu majeur n'a pris aucune inscription, ils pourront traiter en toute sécurité à la condition de s'être conformés aux formalités de la loi du 23 mars 1855, sur la transcription et dans les cas prévus par cette loi ; le mineur pourra bien avoir un recours éventuel contre son ancien tuteur, lequel recours sera garanti par une hypothèque légale, mais celle-ci prendra rang non pas à partir du commencement de la tutelle, comme si elle avait été prise dans l'année (art. 8, loi du 23 mars 1855), mais à partir seulement de son inscription, c'est-à-dire qu'elle ne pourra inquiéter les tiers qui auront traité antérieurement avec le tuteur. Cette solution nous paraît incontestable ; elle n'est du reste que l'application de l'art. 2134 : « Entre les créanciers l'hypothèque soit « légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de « rang que du jour de l'inscription prise par le créan- « cier, etc... »

Nous en aurions fini avec la matière de paiement s'il ne nous restait quelques mots à ajouter au sujet du paiement avec subrogation ; on sait que la subrogation est une fiction de la loi, grâce à laquelle celui qui, dans certaines conditions, que nous n'avons point à examiner ici, a payé pour un autre, est subrogé à tous les droits du premier créancier et par conséquent dans ses privilèges et ses hypothèques.

On a voulu voir, dans ce cas, une exception au principe que nous avons posé : savoir, que les privilèges ou hypothèques ne peuvent survivre à l'obligation princi-

pale. Il n'entre point dans le cadre de notre étude de discuter sur la nature de la subrogation : qu'il nous suffise de dire qu'on a répondu victorieusement à cette objection, en disant que la subrogation n'éteint pas la créance, ou que du moins elle en fait revivre immédiatement une autre identique à la première et qui est accompagnée des mêmes avantages. La question n'est pas purement théorique : admet-on que la première créance est définitivement éteinte, le subrogé ne bénéficiera pas des privilèges qui y étaient attachés, car on sait que ces privilèges découlent de la qualité de la créance, il n'aura pas non plus le bénéfice des hypothèques légales qui la garantissaient, car celles-ci sont attachées à la qualité de la personne du premier créancier ; admet-on au contraire, comme nous le faisons, que la première créance continue à subsister, le subrogé bénéficiera de toutes les garanties qui y étaient attachées, sans aucune restriction même des privilèges et des hypothèques légales.

Enfin, aux termes de l'article 1257 C. c. les offres réelles tiennent lieu de paiement lorsqu'elles sont valablement faites, c'est-à-dire lorsqu'elles ont été acceptées par le créancier ou déclarées bonnes et valables par la justice ; par conséquent, une fois ces formalités remplies, le paiement est considéré comme accompli, l'obligation est éteinte, par suite les privilèges et les hypothèques qui en garantissaient l'exécution disparaissent eux aussi.

SECTION II

La Remise volontaire

L'obligation, nous dit l'article 1234-3°, s'éteint : par la remise volontaire ; le créancier abandonne ses droits à son débiteur ; par conséquent, si ses droits étaient garantis par quelques hypothèques ou privilèges immobiliers, ces sûretés réelles n'ont plus raison d'exister et disparaissent avec l'obligation qu'elles accompagnaient. Ce mode d'extinction de l'obligation principale n'entraîne aucune particularité quant à l'extinction des privilèges et hypothèques qui lui étaient affectés. Les explications que nous devons en donner ne sont cependant pas terminées, car nous nous sommes réservé de faire l'étude dans cette section de la novation. L'art. 1234, en effet, semble à tort distinguer entre la novation et la remise de la dette ; au fond, la première est comprise dans la seconde, car nover une dette c'est évidemment consentir à la remise d'une première obligation ; il y a dans la novation formation d'une nouvelle dette, nous l'accordons, mais il y a auparavant remise d'une première; rationnellement, la novation doit donc être étudiée à propos de la remise volontaire.

Les effets de la novation relativement à l'extinction des privilèges et des hypothèques de l'obligation primitive sont indiqués par l'art. 1278 ainsi conçu : « Les « privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne « passent point à celle qui lui est substituée ; » c'est

logique puisque l'obligation primitive est éteinte et la loi ne fait que sanctionner le principe ; les effets sont les mêmes que ceux de la remise volontaire. Le Code permet toutefois dans la fin de l'article précité d'apporter une dérogation à la règle, par une stipulation spéciale. Si les parties contractantes se réservent les hypothèques ou privilèges de l'ancienne créance, cette stipulation est valable ; mais une stipulation expresse est nécessaire et, en son absence, la nouvelle créance ne pourrait jouir des prérogatives de la première ; c'est l'application pure et simple du principe que l'accessoire ne peut survivre au principal. A l'aide de ce principe nous n'aurons aucune difficulté à résoudre une controverse qui s'est élevée au sujet de la « *datio in solutum* ». Voici l'hypothèse : Je vous dois 10.000 fr., à la place des 10.000 fr. et pour les solder je vous vends ma maison, d'une valeur égale, nous faisons en d'autres termes une novation par changement d'objet ; or il arrive que je n'étais pas propriétaire de cette maison et que vous êtes évincé ; de là une obligation naissant à votre profit et à mon détriment : cette obligation sera-t-elle protégée par les sûretés qui étaient attachées à la première qui a fait l'objet d'une novation, comme les privilèges ou les hypothèques par exemple ? Non, répondrons-nous sans hésiter : la première obligation a disparu avec la novation, aucune stipulation n'a été faite pour réserver les garanties qui y étaient attachées, donc celles-ci ne sauraient revivre : « la nova-« tion, disent MM. Aubry et Rau, que suppose la dation « en paiement éteint d'une manière définitive, sauf ré-« serve contraire, les hypothèques et les privilèges at-

« tachés à l'ancienne créance. Ces privilèges et hypo-
« thèques ne renaîtraient pas dans le cas même où le
« créancier viendrait à être évincé de la chose qu'il a
« reçue en paiement. » L'opinion contraire défendue dans l'ancien droit par Domat et par Pothier (v. *Vente*, n° 605 *in fine*), de nos jours par M. Thézard (1) et autres jurisconsultes, s'appuie sur ce que la « datio in solutum » n'opérerait qu'une extinction conditionnelle de la première obligation subordonnée à la pleine exécution de la seconde; mais outre qu'aucun texte n'autorise cette assertion, il y a de plus un article du Code civil qui la conteste de la façon la plus formelle, c'est l'art. 2038 : « L'acceptation volontaire, nous dit
« cet article, que le créancier a faite d'un immeuble ou
« d'un effet quelconque en paiement de la dette prin-
« cipale, décharge la caution, encore que le créancier
« vienne à en être évincé ; » or, si les garanties personnelles disparaissent, pourquoi n'en serait-il pas de même des garanties réelles ?

Pour faire bénéficier la deuxième créance des sûretés de la première, il faut le consentement du premier débiteur. Cette solution admise par Pothier et de nos jours par un certain nombre de jurisconsultes (V. Baudry, tome II, page 772) est vivement combattue ; on invoque contre elle les termes généraux de l'art. 1278 : « Les privilèges et hypothèques de l'ancienne
« créance ne passent point à celle qui lui est substituée,
« à moins que les créanciers ne les aient expressément
« réservés » ; ce texte, dit-on, est général, il ne parle pas du consentement du débiteur. Nous répondrons

(1) *Privilèges et hypothèques*, p. 331.

que cet art. 1278 s'occupe du cas le plus général, du cas où l'ancien débiteur concourt au nouvel acte ; il est évident qu'il consent par le fait même à ce que les privilèges et hypothèques passent à la seconde. Du reste, la question ne se pose que quand il y a novation par changement d'objet ou de créancier ; s'il y a novation par changement de débiteur, il est clair que celui-ci ne peut garantir sa dette par les privilèges ou hypothèques qui grevaient les immeubles du premier débiteur, sans le consentement de ce dernier; les textes sont formels (V. art. 1279 C. c.). Mais dans le cas le plus favorable, c'est-à-dire quand la novation a lieu par changement de créancier, nous croyons que le consentement du débiteur est nécessaire, qu'on ne pourrait pas malgré lui attacher à la nouvelle créance les privilèges ou hypothèques de la première (V. art. 1280 qui doit être généralisé), toutefois un consentement tacite suffira, il s'induira par exemple de ce fait que le débiteur a consenti à la novation sans aucune restriction.

SECTION III

La Compensation

La compensation est le quatrième mode d'extinction de l'obligation principale. Je dois par exemple 10.000 francs à Primus, puis il arrive que, par une circonstance quelconque, Primus vient à son tour à me devoir 10.000 francs; il y a compensation, les deux dettes s'éteignent, et par suite si, comme sûreté de ma dette j'avais accordé des privilèges ou hypothèques à

Primus, ces garanties réelles disparaissent avec l'obligation qu'elles accompagnaient.

Bien plus, elles ne peuvent dans l'avenir reparaître s'il en résulte quelques préjudices pour les tiers : l'art. 1299 est formel sur ce point; prenons un exemple : Primus me doit 10.000 francs et comme sûreté il m'a conféré une hypothèque, puis je deviens débiteur envers le même Primus de 10.000 francs; la compensation s'opère de plein droit, les deux obligations sont éteintes, partant les privilèges et hypothèques qui garantissaient ma créance envers Primus disparaissent; mais, au lieu d'opposer la compensation à Primus, je lui paie mes 10.000 francs; Primus reste alors mon débiteur de 10.000 francs. Cette dette sera-t-elle garantie par les hypothèques qui l'accompagnaient avant la compensation?

Il faut distinguer aux termes de l'art. 1299 : en principe nous répondrons oui, les anciennes hypothèques reparaîtront,mais, comme nous venons de le dire plus haut, à la condition seulement de ne pas nuire aux tiers, à des créanciers par exemple qui se seraient fait consentir des hypothèques sur les biens de Primus, ou, en d'autres termes, ils prendront rang seulement à partir de leur nouvelle inscription; par conséquent, elles seront primées par les inscriptions antérieures : l'art. 1299 confirme notre règle en y apportant une exception. (V. 1299 *in fine*.)

SECTION IV

La Confusion

La confusion est la réunion sur la même tête des deux qualités de créancier et de débiteur ; il est clair alors que, la dette ne pouvant plus exister, les privilèges et hypothèques disparaissent avec elle. Toutefois, si la confusion cesse, l'ancienne créance reparaît et avec elle, la question n'est guère controversée, les anciens privilèges et hypothèques (V. Thézard, n° 243 ; Aubry Rau, t. III, par. 292, p. 487) ; toutefois, ces derniers auteurs nous font remarquer, à juste titre, croyons-nous, que, si l'inscription avait été rayée, ou n'avait pas été renouvelée en temps utile, le rang du créancier ne se trouverait plus fixé que par la nouvelle inscription qu'il aurait prise ; en d'autres termes, il faut appliquer à la confusion ce que nous avons dit avec l'art. 1299 à propos de la compensation, savoir : que les privilèges ou hypothèques ne peuvent revivre au préjudice des droits acquis à des tiers. Nous ferons l'application de ce principe quand la créance renaît seulement pour l'avenir et non rétroactivement : par exemple je cède une hérédité à un tiers ; dans cette succession se trouvait une créance hypothécaire contre moi, qui, éteinte par la confusion, va revivre, les privilèges et hypothèques reparaîtront-ils avec elle ? Nous admettrons l'affirmative, mais sans préjudice des droits acquis à des tiers, c'est-à-dire seulement à partir de leur inscription. (V. en ce sens *Traité des priv. et hyp.*, Baudry et de Loynes, tome III, p. 465.)

CHAPITRE II

Renonciation du créancier au privilège ou à l'hypothèque

L'art. 2180-2° nous donne comme second mode d'extinction des privilèges ou hypothèques « la renonciation du créancier à son hypothèque ».

Ce second mode est le premier par voie principale ; nous venons d'étudier en effet de quelle façon les privilèges et les hypothèques disparaissaient avec l'obligation principale ; nous allons voir maintenant, avec la fin de l'art. 2180, comment ces sûretés réelles peuvent s'éteindre indépendemment de cette obligation dont elles sont l'accessoire.

Le Code nous indique trois causes d'extinction par voie principale : la renonciation, la purge et la prescription.

Étudions dans ce chapitre la renonciation.

La renonciation est l'abandon que fait un créancier des privilèges ou des hypothèques qui garantissaient sa créance ; l'obligation persiste, mais le créancier n'est plus qu'un simple créancier chirographaire.

Les auteurs ne se sont pas entendus sur la nature de la renonciation. Les uns veulent la considérer comme un acte unilatéral (V. Cas., 4 janvier 1831, *J. G. D.*, v° *Priv. et hyp.*, n° 2722 ; Orléans, 29 novembre 1889, *D. P.* 90.2.153, et *D.P.* 92.1.221 ; et plusieurs jurisconsultes,

ex. MM. Aubry et Rau, § 292, p. 489) ; comme conséquence le créancier une fois la renonciation opérée, ne peut plus se rétracter alors même que les intéressés n'auraient pas adhéré à la renonciation. Un 2e système (V. *Traité des priv et hyp.*, Baudry et de Loynes, tome III, p. 471) distingue selon que la renonciation est abdicative ou translative. Nous nous rangeons à cette opinion qui est à notre avis celle de la jurisprudence, et pour généraliser la question nous dirons : la renonciation faite par un créancier ordinaire autre qu'une femme mariée est un acte unilatéral; par conséquent, parfait et irrévocable à partir de sa formation ; l'acceptation du débiteur est inutile, par suite les créanciers chirographaires de ce dernier pourront s'en prévaloir; c'est la théorie de la jurisprudence. La subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée au profit d'un tiers rentre au contraire dans la classe des contrats, car depuis la loi de 1889 surtout elle est toujours translative de sa nature ; en d'autres termes, il existe un tiers bénéficiaire, le subrogé, qui profite ici de la renonciation ; il y a donc une stipulation pour autrui devenue irrévocable seulement par l'acceptation de ce dernier (art. 1121 C. c. *in fine*) et jusqu'à cette acceptation les créanciers du mari, s'il y avait quelque avantage pour eux, ne sauraient s'en prévaloir. La jurisprudence dont nous venons de parler ne prohibe nullement cette distinction, croyons-nous, et c'est à tort qu'on a voulu lui faire dire autre chose ; elle la prohibe si peu que lorsque, par hasard, la renonciation ordinaire devient translative, elle est soumise aux conditions que nous venons d'indiquer. (V. *D. P.* 90. 2. 21.)

La renonciation est un acte de disposition de la créance, elle passe assurément les bornes de l'administration, elle peut conduire à l'aliénation. M. Laurent va même plus loin et prétend que, pour pouvoir renoncer à l'hypothèque, il faut pouvoir disposer de ses immeubles, car c'est un droit réel immobilier. Nous répondrons que l'hypothèque est l'accessoire d'une créance ; par conséquent celui qui peut disposer de la créance doit pouvoir par cela même disposer de l'hypothèque : qui peut le plus peut le moins. (V. Baudry et de Loynes, tome III, n° 1498 ; Thézard, n° 244. V. aussi une application curieuse de ce principe, *Journal des Conservateurs des hyp.*, 1888, art. 3824, p. 61. Liège, 24 juin 1887, aff. de Wort John : jugé qu'un mari pouvant disposer entre vifs de l'actif mobilier de la communauté peut renoncer seul à l'hypothèque garantissant une créance commune).

Le créancier qui veut renoncer peut exprimer sa volonté comme il le voudra, une manifestation tacite même suffira. Quant à la question de savoir lorsqu'il y aura renonciation tacite, c'est au juge du fait à apprécier. Toutefois, en argumentant de l'art. 784 C. c. pour être déclaré renonçant à son droit, le créancier devra avoir fait des actes non équivoques qui prouvent d'une façon claire qu'il a entendu renoncer à son droit : MM. Baudry et de Loynes, pp. 473 et s., tome III, nous donnent, croyons-nous, une application exacte de ce principe : ces auteurs décident qu'un créancier hypothécaire qui concourt à l'aliénation de l'immeuble hypothéqué doit être considéré comme ayant renoncé seulement à son droit de suite et non à son droit de pré-

férence à l'encontre des créanciers hypothécaires postérieurs. Cette interprétation s'impose surtout depuis la loi du 13 février 1889, dont la disposition en cette matière doit être généralisée (V. *D. P.* 54.1.275). Comme règle générale l'interprétation restrictive s'impose ; le créancier peut en effet renoncer complètemet à son droit d'hypothèque ou de privilège, ou bien simplement à son rang d'inscription. Or, toutes les fois qu'il y aura doute sur ce point le créancier devra être considéré avoir renoncé simplement à son rang, n'avoir consenti qu'une cession d'antériorité (V. D., *Rép.*, n° 2481; Thézard, n° 245.)

L'art. 508 C. de comm. nous donne un exemple de renonciation tacite : il s'agit du cas où des créanciers privilégiés ou hypothécaires ont voté au concordat. Nous ne croyons pas que cette déchéance doive être encourue lorsque le privilège ou l'hypothèque du créancier ayant voté au concordat frappe l'immeuble non pas du failli, mais d'un tiers qui a hypothéqué pour lui un des immeubles. (V. en ce sens Baudry et de Loynes, tome III, p. 475). MM. Lyon-Caen et Renault nous disent à ce sujet (*Pr. dr. com.*, t. II, n° 2894 *in fine*) : « S'il « s'agit d'une hypothèque constituée par un tiers sur « son immeuble, on ne sait pas comment le vote du « créancier au concordat de son débiteur le priverait « de cette hypothèque. Le créancier ayant une cau- « tion ne perd pas le bénéfice du cautionnement en vo- « tant au concordat ; il n'y a là, en réalité, selon l'ex- « pression consacrée, qu'un cautionnement réel. »

Tout autre serait le cas si l'hypothèque grevait l'immeuble d'un tiers acquéreur du failli ; ici le créancier

hypothécaire ne pourrait voter au concordat sous peine de renoncer à son hypothèque, car l'exercice de cette hypothèque entraînerait un recours de l'acheteur contre la faillite à raison du droit de suite exercé contre lui. Quoi qu'il en soit, et pour nous résumer, nous dirons que la renonciation est un acte en vertu duquel un créancier dispose des privilèges et hypothèques qui garantissaient sa créance ; par conséquent pour l'accomplir il faudra en posséder la disposition (la femme commune, par exemple, pourra faire une pareille renonciation à propos d'une créance à elle propre, mais avec l'autorisation de son mari) ; quant aux conditions de formes, aucune n'est requise ; la renonciation peut être faite par acte authentique ou sous seing privé, elle peut être verbale et dans ce cas être expresse ou simplement tacite.

Nous sommes loin cependant d'en avoir fini avec ce mode d'extinction ; la loi du 23 mars 1855 en effet sur la transcription et plus récemment celle du 13 février 1889 sont venues profondément modifier cette matière quand il s'agit d'une renonciation faite par la femme mariée à son hypothèque légale. Nous allons donc étudier ces lois dans trois sections différentes : dans la 1re nous verrons les formalités établies par la loi du 23 mars 1855 pour la renonciation de la femme à son hypothèque légale ; dans la 2e, nous étudierons les réformes qui ont été apportées par la loi du 13 février 1889 ; enfin dans la 3e nous compléterons l'étude rapide de ces lois en examinant leurs effets quant au créancier subrogé et quant à la femme mariée.

Avant d'aborder notre matière, disons d'abord

deux mots de la terminologie que nous emploierons.

On voit, dans le Code et dans les auteurs, employer indistinctement les expressions: cession, renonciation, subrogation ; au fond, la différence entre ces trois mots est plus apparente que réelle ; en effet, comme nous le verrons, la renonciation aussi bien que la cession est translative en ce sens que la femme s'engage, non pas seulement à ne pas exercer son hypothèque légale au préjudice du subrogé, mais encore à lui en transmettre l'exercice s'il en a besoin; au fond, qu'il y ait cession ou reconciation, le résultat est toujours le même : le tiers est subrogé au lieu et place de la femme dans son hypothèque légale.

Nous emploierons donc désormais de préférence dans le cours de nos explications le mot subrogation, qui comprend la cession et la renonciation. Observons cependant qu'il ne faut pas confondre le cas où la femme a simplement cédé son droit d'antériorité : ici, il n'y a pas subrogation à l'hypothèque ; la femme renonce à son rang privilégié et non à son droit, il n'y a donc plus renonciation et ce cas sort du cadre de notre étude.

SECTION PREMIÈRE

Étude de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 sur la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

La subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée ne rentre dans aucun des contrats énumérés par notre Code civil, « la convention n'en est pas moins « valable, nous disent MM. Baudry et de Loynes (*Priv. « et hyp.*, t. II, p. 153), en vertu de l'art. 1134 C. c. ;

« elle produira les effets que la volonté des parties y a « attachés et que la loi n'a pas proscrits. »

C'est donc un contrat intervenu entre la femme et le tiers bénéficiaire de la subrogation ; elle se distingue ainsi de la réduction, qui est un acte unilatéral. Cette définition donnée de la subrogation explique comment, avant la loi du 23 mars 1805, elle avait été ratifiée par la jurisprudence : il faut un texte en effet pour interdire un contrat quelconque ; or, aucun article du Code n'interdisait la subrogation, une telle stipulation devait par conséquent être valable. Quoi qu'il en soit de cette controverse, qui n'a plus qu'un intérêt historique, la question a été définitivement tranchée dans le sens de la jurisprudence par l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 ; disons qu'auparavant le décret du 28 février 1852, sur les sociétés de crédit foncier, avait déjà consacré l'existence et la validité de la subrogation, dans son art. 20, en autorisant la femme à une pareille stipulation dans le contrat de prêt.

L'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 est ainsi conçu : « Dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypo- « thèque ou y renoncer, cette cession ou cette renon- « ciation doit être faite par acte authentique, et les « cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers que « par l'inscription de cette hypothèque prise à leur « profit, ou par la mention de subrogation en marge « de l'inscription préexistante : les dates des inscrip- « tions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel « ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations « exercent les droits hypothécaires de la femme. »

Cet article est remarquable à deux points de vue :

1° il exige l'authenticité de la subrogation; 2° il a introduit la publicité.

Avant d'aborder l'étude de ces deux paragraphes remarquons que la loi n'autorise pas toujours la femme à renoncer à son hypothèque légale, car elle parle seulement « des cas » où elle peut le faire; il faudra donc distinguer selon les régimes matrimoniaux : une femme, par exemple, mariée sous le régime dotal, n'aura jamais ce droit même en ce qui concerne le recouvrement de sa dot mobilière, la jurisprudence est formelle en ce sens, (V. supp. D., *Priv. et hyp.*, n^os^ 519 et 520.) Nous souscrivons du reste à cette opinion. La subrogation pourra cependant produire effet en ce qui concerne les reprises paraphernales.

§ 1^er^. — *Authenticité de la Subrogation.*

Avant la loi de 1855, aucune condition de forme n'était requise pour la validité de la subrogation ; bien plus, comme toutes les renonciations semblables, elle pouvait se faire même tacitement ; un pareil état de choses présentait de graves inconvénients; il abandonnait la femme à sa propre faiblesse et l'exposait à renoncer à la légère à la garantie de ses droits; l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 a paré à cet inconvénient en exigeant l'acte authentique. L'authenticité a donc été établie en faveur de la femme; c'est dire qu'elle pourra toujours se fonder sur l'absence de cette formalité pour demander la nullité de sa subrogation. (V. Baudry et de Loynes, *Priv. et hyp.*, tome II, p. 173.) Son intérêt est évident quand elle ne s'est pas engagée personnelle-

ment; il peut être important même dans le cas contraire, car l'hypothèque légale est un instrument de crédit entre les mains de la femme ; sans doute, elle continue à être tenue personnellement, mais elle pourra subroger un autre créancier dans son hypothèque. L'authenticité a été aussi établie en faveur des autres créanciers, puisqu'elle est le préambule obligatoire de l'inscription et de la publicité qu'a organisées en second lieu la loi de 1855. Ces créanciers pourront donc s'en prévaloir et demander la nullité de la subrogation consentie par la femme à un tiers dans un acte sous seing privé; l'acte authentique est de rigueur, mais la loi n'exige pas un acte notarié, la femme pourrait donc renoncer par un jugement. On s'est demandé si l'authenticité était nécessaire dans le cas où une femme cède non pas seulement son hypothèque, mais une créance de reprises contre son mari par exemple ; il y a, a-t-on dit, dans ce cas une cession de créance ordinaire et les formalités de l'art. 1690 C. c. doivent suffire. La question est vivement discutée.

Il faut, pour nous, distinguer : si cette cession a eu lieu avant la dissolution du mariage, il n'y a pas une véritable cession de créance selon l'esprit de l'art. 1690 C. c. parce qu'on ne peut céder une créance que quand elle existe et cette existence ne sera certaine qu'après la dissolution de la communauté (art. 1693) ; par conséquent il y a plus qu'une cession ordinaire, il y a une véritable subrogation à l'hypothèque légale, par suite l'acte authentique est nécessaire ; la cession au contraire est-elle intervenue après la dissolution, au moment où la créance était certaine et liquide, un pareil acte rentre

dans les limites de l'art. 1690 C.c. et nous n'exigeons pas l'authenticté. Mais il doit exister une véritable cession de créance ; s'il n'y a qu'une simple subrogation, l'art. 9 de la loi de 1855 doit être observé dans son intégralité, même après la dissolution de la communauté : du reste dans ce cas, pour être efficace, la subrogation devra être inscrite sur les registres du conservateur, et il est alors évident qu'un acte authentique est nécessaire pour requérir cette inscription. (V. sur cette question C. de Toulouse, arrêt du 24 février 1892, supp. D., *Priv. et hyp.*, n° 533 (1).

La renonciation de la femme à son hypothèque légale doit donc être faite par acte authentique ; mais elle peut être expresse ou tacite et dans ce dernier cas elle ne doit pas être équivoque (*renonciatio non præsumitur*). La loi n'a pas limité les cas pour les créanciers hypothécaires comme celle de 1889 l'a fait pour les acquéreurs, c'est une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux. (V. différents cas de renonciation tacite dans Baudry et de Loynes, *Priv. et hyp.*, t. II, pp., 156 et suiv. V. aussi supp. D., *Priv. et hyp.*, n^{os} 541 et s.)

Nous admettrons que cette authenticité est requise alors même que la subrogation est opérée après la dissolution du mariage par la veuve ou ses héritiers ; sans doute aucune protection n'est ici nécessaire à l'égard du subrogeant, mais pour être efficace la subrogation devra être suivie d'une inscription : or un acte authentique est indispensable pour remplir cette formalité. (V. Toulouse, arrêt précité, supp. D., *Priv. et hyp.*, n° 533)

(1) Il ressort de cet arrêt que la femme ne doit pas être présumée avoir cédé sa créance mais seulement son hypothèque.

§ 2. — *Publicité de la subrogation, ses effets à l'égard des tiers.*

La publicité est le second caractère introduit par la loi du 22 mars 1855 ; on avait pensé, en effet, avant elle que l'hypothèque légale de la femme mariée étant occulte, la subrogation à cette hypothèque devait revêtir le même caractère. L'ordre de préférence se déterminait entre les différents subrogés par la date des subrogations. Un tel état de choses présentait donc les plus graves inconvénients, et donnait lieu aux fraudes les plus déloyales envers les créanciers subrogés qui traitaient sur la foi d'une garantie imaginaire. L'art. 9 ne requiert la publicité qu'à l'égard des tiers ; entre les parties la subrogation est pleinement valable dès qu'elle a été consentie par acte authentique ; le moyen de publicité organisé par la loi de 1855 est l'inscription ; si elle a été déjà requise par la femme, il suffira de faire mention en marge de la subrogation ; si aucune inscription précédente n'a été prise, le cessionnaire subrogé devra faire inscrire l'hypothèque légale à son profit.

Quoi qu'il en soit, qu'il y ait eu inscription ou mention en marge, l'effet est toujours le même : les droits du subrogé sont identiques à ceux de la femme, c'est-à-dire que l'hypothèque conserve son caractère de généralité (art. 2153) (V. *D. P.* 91. 2.368). La mention en marge, du reste, ne peut être considérée comme une inscription nouvelle et n'empêche pas la péremption si elle peut se produire (V. *sup.* D., *Priv. et hyp.*, n° 581) ; l'inscription du chef des subrogés doit être, sous peine de déchéances, renouvelée tous les dix ans ; autrement,

comme le font remarquer MM. Aubry et Rau, t. III, § 280, note 42, on obligerait les tiers qui contractent avec une femme mariée depuis plus de dix ans à consulter les registres antérieurs à cette époque, ce qui est contraire à l'art. 2154.

Cette formalité de l'inscription est indispensable à la subrogation pour produire effet vis-à-vis des tiers. On se rappelle qu'au point de vue de l'authenticité nous ne l'avons exigée que quand il y a subrogation véritable et que nous en avons dispensé la cession de créance à laquelle s'applique l'art. 1690 C. c.; nous ferons une application du même principe dans l'espèce suivante: voici un immeuble du mari exproprié pour cause d'utilité publique; le jugement dûment transcrit purge dans les 15 jours toutes les hypothèques et privilèges (art. 17); cependant (idem) les créanciers à hypothèques légales dispensées d'inscription conservent leur droit de préférence sur le prix jusqu'à la collocation, c'est dire que l'hypothèque légale n'est pas éteinte; or, supposons qu'une femme cède cette créance à un tiers, les formalités de l'art. 1690 sont remplies, puis ensuite elle subroge des créanciers et ceux-ci prennent inscription; vont-ils avoir droit sur le prix de l'immeuble exproprié, au préjudice du cessionnaire? Nous ne le croyons pas; ce prix était certain quant à son existence lorsque le jugement a été transcrit, donc c'est une véritable cession de créance qui a eu lieu et non une subrogation à l'hypothèque légale (art. 1693); les formalités de l'art. 1690 ont été observées, par conséquent le cessionnaire doit être préféré au créancier subrogé. C'est la solution admise par MM. Baudry et de Loynes (*Priv. et*

hyp., t. II, p. 185), et elle a pour elle la logique et les principes; nous souscrirons de même à la solution donnée par ces deux auteurs (*eodem loco*) dans la question suivante: un mari vend un de ses immeubles, aucune subrogation de la part de la femme n'a lieu, l'acquéreur ne purge point: sa femme peut-elle subroger un tiers dans son hypothèque légale avec efficacité sur l'immeuble aliéné? On invoque pour le négative l'art. 6 de la loi du 23 mars 1855; mais cette objection n'est pas pour nous décisive: l'art. 6 est relatif aux hypothèques soumises à l'inscription, il est évidemment étranger à celles qui en sont dispensées; « la « femme qui n'a pas renoncé à son hypothèque « légale, disent MM. Baudry et de Loynes, conserve « certainement le droit de l'exercer contre le tiers « acquéreur malgré la transcription; ce droit, qui lui « appartient, elle a incontestablement la faculté d'en « disposer; si elle cède son hypothèque, l'art. 9 devient « applicable et le cessionnaire doit pouvoir conserver « la sûreté qui lui a été transmise. Autrement le droit « de la femme deviendrait dans cette mesure indispo- « nible entre ses mains. » En d'autres termes, nous admettrons le subrogé à inscrire son hypothèque légale tant que la femme aura ce pouvoir et nous lui refuserons dans le cas contraire; ainsi supposons un tiers acquéreur qui a purgé; au bout de 2 mois, la femme ne pourrait plus faire inscrire son hypothèque légale; nous refuserons de même cette faculté à un créancier subrogé. Un arrêt de la cour de Poitiers du 18 novembre 1892 a reconnu, en vertu de ce principe, comme valable l'inscription prise par un subrogé à son profit quoique le

mari fût tombé en faillite : la faillite en effet n'empêche pas la femme d'inscrire son hypothèque légale, car c'est une mesure purement conservatoire de sa part ; mais il ne faut pas que le mariage soit dissous depuis plus d'un an.

L'inscription requise par le créancier subrogé ne profite en principe qu'à lui seul ; il ne dispense pas la femme et les autres subrogés de requérir une inscription séparée. (V. D., supp., n° 595.) La femme par exemple devra requérir inscription dans l'année de la dissolution du mariage indépendamment de celle du créancier subrogé.

C'est dans ces considérations qu'un arrêt de la Cour de cassation du 5 fév. 1861 (D. P. 61. 1. 65) a décidé que c'est à tort qu'un conservateur avait refusé de rayer une hypothèque légale inscrite par les soins d'un créancier subrogé, et dont la mainlevée était fournie par ce dernier ; le conservateur exigeait une mainlevée de la femme. En règle générale, le créancier subrogé qui prend inscription est censé agir en son nom personnel et non au nom de la femme ; il peut donc consentir valablement à la radiation.

Cependant, s'il est démontré par les faits qu'il a été en quelque sorte le mandataire tacite de la femme, le consentement de cette dernière est nécessaire pour donner la mainlevée (V. arrêt C. de Nîmes, D., supp., *Priv. et hyp.*, n° 598).

SECTION II

Réformes apportées par la loi du 13 février 1889.

La loi du 13 février 1889 n'est relative qu'aux subroga-

tions concernant les tiers acquéreurs ; elle est étrangère aux subrogations faites par la femme au profit des créanciers hypothécaires, qui restent entièrement régies par la loi de 1855. Elle ajoute à l'art. 9, dont nous venons de faire l'étude, la disposition suivante :

« La renonciation par la femme à son hypothèque « légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés « de cette hypothèque en emporte l'extinction et vaut « purge à partir soit de la transcription de l'acte « d'aliénation, si la renonciation y est contenue, soit de « la mention faite en marge de la transcription de l'acte « d'aliénation si la renonciation a été consentie par « acte authentique distinct.

« Dans tous les cas, cette renonciation n'est valable « et ne produit ses effets ci-dessus que si elle est con- « tenue dans un acte authentique.

« En l'absence de stipulation expresse, la renoncia- « tion par la femme à son hypothèque légale ne pourra « résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si « elle stipule soit comme co-venderesse, soit comme « garante ou caution de son mari.

« Toutefois la femme conserve son droit de préfé- « rence sur le prix, mais sans pouvoir répéter contre « l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui payé « de son consentement et sans préjudice du droit des « autres créanciers hypothécaires.

« Le concours au consentement donné par la femme, « soit à un acte d'aliénation contenant quittance totale « ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de quit- « tance totale ou partielle, emporte même, à due con- « currence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'im-

« meuble vendu au profit de l'acquéreur, vis-à-vis des « créanciers hypothécaires postérieurs en rang; mais « cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers « qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque lé- « gale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à « moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux pres- « criptions du paragraphe 1^er^ du présent article. »

Observons, avant d'aller plus loin, que la loi du 13 février 1889 est relative à tous les actes d'aliénation non seulement : par conséquent à la vente, mais encore à l'échange, à la donation, constitution de dot, etc.

Les réformes qu'a introduites ce nouveau texte peuvent se ramener à quatre : 1° il exige l'authenticité 2° il crée un mode nouveau de publicité, la transcription, qui vaut purge ; 3° il limite les cas de renonciation tacite ; 4° il crée un droit de préférence au profit de la femme survivant au droit de suite.

§ 1^er^. — *Acte authentique.*

Après la loi du 23 mars 1855 on avait discuté le point de savoir si l'art. 9 de cette loi était applicable aux subrogations consenties par la femme au profit des tiers acquéreurs des biens du mari ; on s'entendait assez généralement sur ce point que la subrogation devait être authentique si elle était faite par acte postérieur et distinct de la vente ; mais, si elle s'opérait dans l'acte d'aliénation même, les uns, pour combattre l'authenticité, alléguaient l'entrave qu'un pareil système jetterait dans la libre circulation des immeubles de modeste valeur, et ils ajoutaient que l'art. 9 n'était

relatif qu'aux subrogations translatives et non aux renonciations simplement abdicatives. (V. Thézard, *Priv. et hyp.*, n° 114 .Sir. 80, 2, 323); les autres (V. Aubry et Rau, t. III, p. 465, § 286 *bis;* Lyon, 6 mars 1880 confirmé par Cass., 22 novembre 1880. Sir. 81, 1, 473) avec la jurisprudence répondaient à juste titre, croyons-nous, que l'art. 9 n'est pas spécial et s'étend à tous les genres de subrogation; que d'ailleurs la subrogation même intervenue en faveur des tiers acquéreurs peut être translative. (Cette discussion n'est pas purement théorique; elle revêt un intérêt pratique considérable s'il s'agit d'actes antérieurs à la loi du 13 février 1889; d'après nous, ces actes doivent donc être authentiques pour emporter la subrogation.)

Quoi qu'il en soit de cette discussion, la question a été tranchée dans le sens de l'opinion que nous avons adoptée : la subrogation consentie au profit d'un tiers acquéreur doit toujours être authentique (Al. 2 de l'art. unique de la loi du 13 février 1889). L'idée première de cette loi se trouve dans des pétitions déposées dès 1880 par plusieurs notaires à la Chambre des députés; le gouvernement présenta un projet et ce fut la commission chargée de l'examiner qui crut devoir exiger l'authenticité. Ce caractère, combattu par M. Clément, finit par être admis sur les observations de M. Trarieux, qui fit remarquer en premier lieu que l'authenticité avait toujours été de règle dans notre droit pour conférer une hypothèque, et en second lieu que, si on l'admettait pour un acte distinct de l'acte d'aliénation, il n'y avait aucune raison pour ne pas l'admettre dans cette aliénation même. Du reste, un

acte authentique suffit; il n'est pas nécessaire qu'il soit de plus notarié V. (D., supp., n° 604).

L'authenticité a été établie en faveur de la femme ; la nullité résultant de son absence pourra donc être invoquée par la femme et par les créanciers postérieurs qu'elle a subrogés, ces derniers surtout auront tout intérêt à la demander. Quant à la femme, on nous fait remarquer (V. D., supp., n° 609) que son hypothèque légale lui serait à peu près inutile, car, si elle voulait inquiéter le tiers acquéreur, celui-ci serait en droit d'opposer l'exception de garantie ; cette remarque est très juste, mais elle suppose évidemment un des trois cas de renonciation tacite prévus par la loi de 1889. La renonciation peut être expresse, et alors la femme n'est plus considérée comme co-venderesse, garante ou caution et elle aura tout intérêt à faire prononcer la nullité de sa renonciation. Cet intérêt n'existera cependant pas, si la femme intente l'action en nullité après son acceptation de la communauté, car cette acceptation lui fait endosser des obligations contractées par son mari, entre autres l'obligation de garantie envers l'acquéreur.

La renonciation doit être consentie par la femme dans un acte authentique, mais elle peut être acceptée par le créancier subrogé dans un acte sous seing privé, car l'authenticité n'a pas été évidemment requise dans l'intérêt de ce dernier; mais cette acceptation est nécessaire pour la validité de la subrogation; jusque-là, la femme peut retirer sa renonciation. (V. ce que nous avons dit précédemment.) Enfin nous admettrons que la renonciation consentie par acte sous seing privé

peut être confirmée par un acte de ratification authentique ; il y a en effet les mêmes raisons d'admettre cette solution que pour la constitution d'une hypothèque quelconque, mais alors cette ratification ne peut avoir d'effet rétroactif au préjudice des tiers (V. D. P. 52, 2, 222).

§ 2. — *Mode nouveau de publicité : la transcription vaut purge.*

Comme pour l'authenticité la loi du 23 mars 1855 avait laissé planer la plus grande incertitude sur le point de savoir si la publicité créée par l'art. 9 était applicable au cas de subrogation intervenue en faveur des tiers acquéreurs.

Les partisans de l'affirmative faisaient valoir qu'une semblable subrogation pourrait très bien être translative et l'était nécessairement quand des hypothèques postérieures à celle de la femme avaient été consenties sur l'immeuble aliéné, dans tous les cas cette inscription est indispensable pour apprendre aux tiers que la femme voudra plus tard subroger, la diminution qu'à subie l'hypothèque légale de cette dernière. (V. Aubry et Rau, t. III, § 288 *bis*, pp. 466-9, n. 18; *Journal des Cons.*, 1890, n° 4115, pp. 422 et s.) Les défenseurs de la négative au contraire soutenaient que la subrogation, dans ce cas est purement abdicative, que l'inscription de l'art. 9 n'est exigée que pour saisir les cessionnaires à l'égard des tiers, et qu'elle est donc inutile quand rien n'a été cédé et que, par suite, il n'existe aucun cessionnaire à saisir.

Un arrêt de la cour de Lyon du 22 décembre 1863, confirmé par la Cour de cassation (V. S. 67, 1, 9), vint

jeter une panique générale en proclamant le premier système. Aux termes de cet arrêt, l'art. 9 était applicable aux tiers acquéreurs pour les prémunir à l'égard des futures subrogations à son hypothèque légale que la femme pourrait consentir : ainsi les tiers acquéreurs doivent prendre inscription du chef de la femme sur leurs propres biens et encore cette inscription ne les préserve-t-elle pas d'une éviction future possible; elle ne leur assure que le recouvrement du prix d'achat ; pour parer à tout danger dans l'avenir, la purge est nécessaire. Tel était le résultat désastreux de cet arrêt.

La jurisprudence postérieure hésita entre ces deux systèmes ; ses derniers arrêts cependant semblaient se prononcer en faveur du deuxième et contre l'arrêt de la cour de Lyon. (V. *D. P.* 80, 2, 241; 90, 1, 467; 90, 2, 326.) Mais les uns admettaient alors la nécessité de la transcription, d'autres ne soumettaient pas la validité de la subrogation à cette formalité. (V. supp. D., n° 613.)

Nous croyons, malgré la tendance contraire de la Cour de cassation, qu'avant de la loi de 1889 toutes les subrogations sans exception tombaient sous l'application de la loi du 23 mars 1855, car en réalité toutes les subrogations sont ou peuvent être translatives, et par conséquent l'inscription est requise à peine de nullité. A notre humble avis la théorie de la cour de Lyon exigeant les formalités de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 était vraie ; elle était vraie d'abord pour les motifs que l'arrêt indique savoir : que la loi ne distingue pas entre les renonciations translatives et celles qui sont simplement abdicatives, et que par conséquent les secondes doivent être soumises à l'inscription comme les premières ;

elle était vraie ensuite à notre point de vue, pour un deuxième motif, c'est que la distinction des renonciations en translatives et abdicatives est fausse et ne doit pas être suivie ; cette renonciation est toujours tout au moins virtuellement translative, car si le tiers acquéreur peut savoir s'il existe ou non des créanciers hypothécaires postérieurs à l'hypothèque légale sur le bien qu'il achète, il y a un point qu'il doit forcément ignorer, c'est celui de savoir si plus tard la femme ne consentira pas une subrogation générale à son hypothèque au profit d'un créancier quelconque et alors, dans ce cas, le tiers acquéreur aura recours à la subrogation dont il a bénéficié pour primer le créancier subrogé postérieurement, en d'autres termes, la renonciation dont il profitera sera translative.

Mais alors nous entrevoyons immédiatement les résultats de notre système : l'acquéreur fera inscrire sur son propre bien l'hypothèque de la femme : grâce à cette inscription, si des créanciers subrogés viennent plus tard l'inquiéter, il les primera sur l'immeuble dont on poursuit l'expropriation contre lui et recouvrera le prix d'achat qu'il a versé antérieurement. Un pareil résultat était désastreux, il jetait la plus grande perturbation dans la libre circulation des biens, il faisait planer sur le droit de propriété les incertitudes les plus ruineuses ; les tiers acquéreurs en étaient réduits à recourir à la purge s'ils voulaient avoir pleine sécurité, solution absolument désastreuse dans les aliénations d'immeubles de modeste valeur.

Était-ce une raison pour ne pas l'admettre ?

Non encore une fois ; cette solution était logique,

elle était conforme à l'esprit de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855. Pour remédier au mal, il fallait une loi qui vînt permettre au tiers acquéreur de consolider d'une façon définitive son droit de propriété, qui empêchât l'hypothèque légale de la femme de s'étendre dorénavant sur l'immeuble aliéné, qui, en d'autres termes, à côté de la purge des art. 2.183 et s. du C.c. en créât une plus expéditive et moins dispendieuse pour les acquéreurs de biens soumis à l'hypothèque légale de la femme mariée, cette loi est celle du 13 février 1889.

L'alinéa 1^er^ qui nous occupe nous dit que la renonciation consentie par la femme « en emporte l'extinction et vaut purge » ; l'hypothèque légale de la femme est donc éteinte, non seulement quant à elle, mais quant aux tiers qu'elle pourrait subroger à l'avenir ; mais cette extinction de l'hypothèque existe seulement relativement au droit de suite, le droit de préférence subsiste dans son intégralité, comme nous le verrons plus loin.

Un semblable effet découle du reste du texte lui-même qui nous dit expressément : il y a purge; or la purge entraîne l'extinction du droit de suite et non du droit de préférence. (C. pr., art. 772.)

La fin de l'alinéa 1^er^ réglemente cette renonciation par la femme à son hypothèque légale ; elle est capitale parce que c'est elle en définitive qui va mettre fin à toutes les controverses existant auparavant sur la question de publicité ; or, la nouvelle loi se prononce en faveur de la théorie non extensive de l'art. 9 de la loi de 1855 au tiers acquéreur, et par conséquent contre le fameux arrêt de la cour de Lyon de 1863, dont nous

avons parlé. Pour être opposable aux tiers, la renonciation par la femme à son hypothèque légale devra être transcrite avec l'acte translatif de propriété, et si la renonciation a été consentie postérieurement il devra en être fait mention en marge de la transcription.

§ 3. — *Limitation des cas de renonciation tacite.*

Nous avons vu à propos de la loi du 23 mars 1855 que la renonciation par la femme à son hypothèque légale pouvait être expresse ou tacite, et nous avons dit que les cas de renonciation tacite avaient été laissés à l'appréciation des tribunaux. Une seule condition était exigée par cette loi : c'est que l'acte où était contenue cette renonciation expresse ou tacite fût authentique ; nous avons vu de plus qu'en ce qui concernait la subrogation au profit des créanciers de la femme ou du mari notre législation se trouvait encore de nos jours régie par cette loi du 23 mars 1855, art. 9, et qu'il fallait par conséquent encore admettre aujourd'hui des cas de renonciation tacite.

La loi du 13 février 1889 a, comme celle de 1855, admis la renonciation tacite ; mais, contrairement à cette dernière loi, dans le but d'éviter le plus de procès possibles en ne laissant aucune place à l'arbitraire, elle a limité à trois les cas dans lesquels cette renonciation pourrait s'interpréter.

Toutefois, remarquons que, même dans ces trois cas, la renonciation de la part de la femme ne s'impose pas au juge qui pourra la repousser s'il lui semble démontré que la femme n'a pas eu l'intention de renoncer à son

hypothèque légale ; le texte n'est pas impératif, il dit que la renonciation « pourra résulter » et non pas *devra* résulter (V. Didier, p. 17, *Étude sur la loi du 13 février 1889*, et Baudry et de Loysnes, t. III, p. 163). Sous le bénéfice de cette observation, examinons les trois cas de renonciation tacite que prévoit la loi du 13 février 1889. Ces trois cas sont une stipulation de la femme dans l'acte d'aliénation, soit comme covenderesse, soit comme garante, soit comme caution de son mari.

Toute autre stipulation n'entraînera pas la renonciation de la femme à son hypothèque. Elle ne résulterait pas de ce fait qu'elle a signé simplement l'acte d'aliénation. (V. discours au Sénat, *D. P.* 89. 4. 27, n° 2). Mais il faut étendre le cas où la femme a signé avec son mari comme codonatrice à une constitution de dot ou coéchangiste, les raisons sont les mêmes ; du reste la femme est garante dans cette hypothèse, en sorte que il s'agirait toujours du second cas de renonciation tacite. (V. Nancy, 10 août 1875, supp. D. *Priv. et hyp.*, n° 556). Nous verrons même une renonciation tacite dans une donation où la femme a signé comme codonatrice, car évidemment le mot covenderesse ne doit pas être limité. Toutefois la jurisprudence est en sens contraire. (V. *D. P.* 57. 1. 93). Mais s'il s'agit d'une donation ordinaire où la femme s'est contentée simplement de signer, il n'y a pas renonciation, car elle ne s'est pas engagée comme garante, et de plus elle n'a pas signé comme codonatrice.

La subrogation peut intervenir dans l'acte d'aliénation lui-même ou postérieurement ; dans ce dernier cas,

elle doit évidemment être faite par acte authentique, et inscrite en marge de la transcription de l'acte d'aliénation; c'est à partir de cette inscription en marge qu'elle devient seulement opposable aux tiers.

Enfin, d'après une certaine doctrine. (V. Baudry et de Loynes, t. II, p. 164, n° 1.070 *in fine ;* Wable, n° 42, loi de 89; suppt. D. *Priv. et hyp.*, n° 559) l'alinéa 5 de la loi de 1889 ajoute un 4° cas de renonciation tacite : c'est celui où la femme, dans l'acte d'aliénation lui-même ou postérieurement à cet acte, concourt ou consent à la quittance totale ou partielle du prix. Quant à nous, nous combattrons absolument une telle opinion qui aboutirait à rendre inutile l'alinéa 3 de la loi du 13 fév. 1889 ; à notre avis, les partisans du système que nous combattons ont fait une confusion évidente : l'alinéa 5 de la loi du 13 fév. 1889 est en effet relatif au droit de préférence et non au droit de suite; il s'agit dans le texte de subrogation au prix et non de subrogation à l'hypothèque légale, ce qui est bien différent; nous nous en convaincrons quand nous étudierons cet alinéa 5. (V. César Bru, loi du 13 fév. 1889, pp. 160 et suiv.) Cette limitation des cas de renonciation tacite par la femme à son hypothèque légale proposée seulement au Sénat par le rapporteur M. Merlin a été vivement critiquée. (V. César Bru, pp. 62 et s.) Nous ne nous joindrons point à ces critiques ; pour nous le législateur a bien fait de fixer limitativement ces cas de renonciation ; cette limitation a d'abord l'avantage de fixer la femme et de lui apprendre quels actes entraînent pour elle la déchéance de son hypothèque ; elle renseigne en second lieu d'une façon sûre les tiers qui pourront plus

tard bénéficier d'une subrogation, et qui connaîtront ainsi au juste l'étendue des droits qu'on veut leur conférer.

§ 4. — *Elle fait survivre au profit de la femme un droit de préférence au droit de suite et crée, en faveur de l'acquéreur, la subrogation à ce droit de préférence en cas de paiement.*

Il nous reste maintenant à analyser les alinéas 4 et 5 de la loi de 1889. Nous nous sommes occupés en effet jusqu'ici, à propos de l'hypothèque légale de la femme mariée, du droit de suite et nous avons vu quels actes en entraînaient l'extinction ; il nous reste maintenant à voir quel sera le sort du droit de préférence.

A vrai dire, sur ce point, la loi de 1889 n'a rien innové; elle n'a fait que consacrer ce principe déjà admis par la jurisprudence et que nous avons mentionné : c'est que tout renonçant à un droit quelconque doit être réputé l'avoir fait dans le sens le moins préjudiciable à ses intérêts. Or, quel est le but de la renonciation par la femme à son hypothèque légale ? C'est de fournir toute sécurité au tiers acquéreur, de lui donner la certitude que la femme, en exerçant le droit de suite inhérent à son hypothèque, ne l'inquiétera pas ; quant au prix de l'immeuble, peu lui importe que celle-ci le touche et qu'elle conserve un droit sur lui.

Tels sont sur ce point les principes absolument justes qui ont inspiré le législateur. Les alinéas 4 et 5 qui nous restent à examiner se complètent l'un par l'autre, aussi nous allons les analyser ensemble.

Art. 4 et 5 de la loi du 13 février 1889 : « Toutefois

« la femme conserve son droit de préférence sur le « prix, mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur « le prix ou la partie du prix par lui payé de son con- « sentement et sans préjudice du droit des autres « créanciers hypothécaires. Le concours ou le consen- « tement donné par la femme soit à un acte d'aliéna- « tion contenant quittance totale ou partielle du prix, « soit à un acte ultérieur de quittance totale ou par- « tielle, emporte même, à due concurrence, subroga- « tion à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu, au « profit de l'acquéreur, vis-à-vis des créanciers hypo- « thécaires postérieurs en rang ; mais cette subroga- « tion ne pourra préjudicier aux tiers qui devien- « draient cessionnaires de l'hypothèque légale de la « femme sur d'autres immeubles du mari à moins que « l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions « du par. 1^er^ du présent art. »

L'acquéreur ne doit donc pas payer sans le concours ou le consentement de la femme, autrement il s'exposerait à payer deux fois, si, dans la suite, la femme venait à réclamer pour le recouvrement de ses reprises le prix de l'immeuble aliéné ; mais si la femme a concouru à l'acte de quittance ou donné son consentement, deux résultats se produisent immédiatement : 1° l'acquéreur a valablement payé et la femme ne peut lui réclamer un second paiement ; 2° à l'égard des créanciers hypothécaires postérieurs à l'hypothèque légale, il est subrogé aux droits de la femme, c'est là une innovation de la loi de 1889 ; elle se prononce nettement contre l'arrêt de la cour de Lyon de 1863, dont nous avons parlé, elle consacre la translativité de la subrogation

au profit de l'acquéreur. Ce dernier point demande quelques éclaircissements ; un exemple permettra de mieux le saisir : j'ai acquis un immeuble d'un homme marié, et sa femme a renoncé en ma faveur à son hypothèque légale ; sur cet immeuble sont inscrits les créanciers hypothécaires postérieurs à l'hypothèque de la femme, je paie mon prix avec le concours ou le consentement de celle-ci : quel va être l'effet de ce paiement ? Il sera double : 1° je serai entièrement libéré envers la femme, qui n'aura plus rien à me réclamer; je n'aurai plus à redouter ni son droit de suite ni son droit de préférence; 2° mais bien plus je serai subrogé à ce dernier droit, c'est-à-dire que je pourrai l'invoquer à mon avantage, si le besoin s'en présente, et il se présentera dans l'espèce : en effet, les créanciers hypothécaires postérieurs conservent eux, au contraire, le droit de m'inquiéter, c'est alors que la subrogation me servira. Grâce à elle je serai mis au lieu et place de la femme, et comme son hypothèque prime celle des autres créanciers hypothécaires postérieurs, je serai colloqué pour mon prix avant eux. Telle est, en deux mots, l'analyse de la 1re partie de notre aliéna 5.

Toutefois l'acquéreur doit être très circonspect, quand il existe des créanciers hypothécaires postérieurs. Il ne risque pas grand'chose en apparence, car il est subrogé aux droits de la femme, mais cette subrogation est subordonnée à l'existence d'une créance de reprises au profit de la femme, et si cette créance n'existe pas il devra payer deux fois. Pour obvier à cet inconvénient, tout acquéreur d'un immeuble se trouvant

dans les conditions de notre hypothèse agira prudemment en requérant l'ouverture d'un ordre.

En tout cas, si la femme a renoncé à son droit de préférence, cette renonciation, nous dit l'alinéa 4 *in fine*, ne doit pas nuire aux créanciers hypothécaires postérieurs.

Voici l'espèce prévue par le texte : l'acquéreur paie avec le concours de la femme 20.000 francs, le mariage se dissout et la femme se trouve être créancière de 30.000 francs ; il reste encore dû 30.000 francs sur l'immeuble : pourra-t-elle exercer son hypothèque légale tout entière et toucher dans son intégralité la somme, au détriment des créanciers hypothécaires postérieurs ? Il faut répondre non ; la femme n'aura droit qu'à 10.000 francs; quant aux vingt autres mille ils profitent aux créanciers hypothécaires, la subrogation est pour eux « res inter alios acta », elle ne doit ni leur profiter ni leur nuire ; elle leur nuirait si la femme avait droit à cette somme.

La subrogation au profit du tiers acquéreur résulte donc du concours ou du consentement de la femme donné à la quittance. Certains auteurs, M. Escorbiac par exemple, voudraient exiger que l'acte contenant subrogation fût authentique ; ils appuient leur opinion sur l'al. 2 de notre loi qui exige l'authenticité pour la subrogation. Cette théorie pour nous est évidemment fausse : elle confond le droit de préférence et le droit de suite. Pour ce dernier seulement l'authenticité est exigée, mais les al. 4 et 5 ne sont relatifs qu'au droit de préférence, il ne faut donc pas leur appliquer les dispositions concernant le droit de suite.

Nous n'en avons pas fini malheureusement avec l'explication de la loi de 1889 et il nous reste à analyser la fin de l'al. 5 ainsi conçu : « mais cette subrogation ne « pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient ces- « sionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur « d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur « ne se soit conformé aux prescriptions du par. 1^er^ du « présent article ».

Cette disposition est sans contredit la plus difficile et la plus obscure de toute la matière, elle est tellement embrouillée qu'on est encore loin, à notre heure, de s'entendre sur le véritable sens qui doit lui être attribué. Elle a été inspirée par un amendement de M. Lacombe, présenté au Sénat et ainsi conçu : « le concours « de la femme et son consentement au paiement total « ou partiel du prix emporte au profit de l'acquéreur « et à due concurrence, vis-à-vis des créanciers hypo- « thécaires postérieurs, subrogation à l'hypothèque lé- « gale, mais seulement sur l'immeuble vendu, et à « charge par lui de se conformer aux prescriptions du « par. 1^er^ du présent article. » Cet amendement fut accepté par la commission mais le sens en fut absolument dénaturé dans la rédaction ; relatif en effet au cas d'un concours possible entre l'acquéreur et les créanciers hypothécaires postérieurs sur le même immeuble, le texte, tel qu'il a été définitivement présenté et voté, vise un cas absolument différent, celui du concours de l'acquéreur subrogé avec des cessionnaires postérieurs de l'hypothèque légale de la femme *sur d'autres immeubles ;* dans ce cas, pour se prévaloir de sa subrogation à l'égard de ces cessionnaires, le tiers acquéreur aura dû

faire inscrire sa subrogation selon les règles de l'art. 9 de la loi de 1855.

Voici le cas qui a été prévu par la loi et tel qu'il ressort de la discussion des travaux préparatoires : un tiers acquéreur paie avec le consentement de la femme, puis dans la suite la femme subroge d'autres tiers dans son droit de préférence sur d'autres immeubles : quelle sera la situation de ces derniers? Ils devront pour se faire payer invoquer les reprises de la femme, mais il est évident que ces reprises seront d'autant diminuées qu'elles auront profité au tiers acquéreur ; par conséquent ces cessionnaires ont intérêt à être avertis de la subrogation consentie au profit de ce dernier. Ceux qui prétendent que notre texte ne signifie absolument rien opposent deux objections à ce système ; en premier lieu, la femme en consentant au paiement ne renonce nullement à sa créance de reprises, elle renonce simplement à la sûreté qui l'accompagnait ce qui n'est pas du tout la même chose (V. César-Bru, p. 176); en second lieu, le concours du tiers acquéreur et des cessionnaires n'est pas à craindre puisque la subrogation ne porte pas sur les mêmes immeubles. Voici la réponse que nous faisons à ces deux objections : sans doute, la subrogation ne porte pas sur les mêmes immeubles, mais si la collocation s'opère en même temps sur tous les immeubles, que va-t-il arriver? L'acquéreur se fera colloquer pour le montant de sa subrogation; quant à cette collocation la créance primitive de la femme est épuisée, partant son hypothèque légale; par conséquent les cessionnaires ultérieurs de cette hypothèque légale verront leur

garantie diminuée d'autant; sans doute, une créance va naître au profit de la femme de son recours contre son mari, mais l'hypothèque légale qui la garantira ne prendra rang que du jour de l'obligation, par suite les cessionnaires n'en bénéficieront qu'à partir de cette époque ; or entre la formation de cette seconde hypothèque légale et celle de la 1re éteinte par la subrogation qui a profité à l'acquéreur, il peut exister des créanciers hypothécaires intermédiaires, qui viendront primer les cessionnaires d'une hypothèque devenue postérieure à la leur; ceux-ci peuvent se trouver ainsi lésés, ils avaient compté sur des garanties efficaces, ils n'en ont que d'illusoires par suite de la collocation du tiers acquéreur subrogé au droit de préférence de la femme ; c'est cette lésion que l'art. 5 *in fine* de notre article veut éviter : par l'inscription du tiers acquéreur de sa subrogation, ils sauront à quoi s'en tenir, ils sauront que les événements dont nous venons de parler peuvent se produire; par suite ils agiront en conséquence.

Telle est pour nous l'hypothèse un peu pénible, nous le reconnaissons, que le législateur de 1889 a voulu prévoir; nous avouons qu'elle est peut-être plutôt théorique que pratique, mais enfin vaut-il encore mieux la supposer que de ne donner aucun sens à la loi comme quelques-uns ont voulu le faire. Quant à la sanction elle sera dans notre hypothèse la suivante : le tiers acquéreur qui ne se sera pas conformé aux formalités prescrites ne pourra se faire colloquer au préjudice de ces cessionnaires, et se verra obligé à payer deux fois.

Nous nous sommes donc efforcé de donner un sens

à la loi. S'il s'agit maintenant de la justifier, nous nous mettrons sans aucune hésitation du côté de ceux qui la critiquent. Quoi ! on veut faire une loi nouvelle destinée à simplifier, on décide d'abord dans ce but que l'art. 9 de la loi de 1855 n'est pas applicable, puis on ajoute une disposition qui annihile à peu près entièrement la première ; on veut éviter des frais et on les augmente, on veut obliger l'acquéreur à prendre durant des années des inscriptions sur les biens de ses anciens vendeurs, à les renouveler, à s'inquiéter s'ils font de nouvelles acquisitions ! Nous le demandons, est-ce là simplifier ? et pour qui ? pour des gens qui, en définitive, pouvaient et devaient parfaitement connaître la situation ; qui ne pouvaient pas ignorer qu'un bien avait été vendu, que la femme avait renoncé au profit du tiers acquéreur à son hypothèque légale, et qu'elle pouvait le subroger à son droit de préférence ; qui, bien plus, pouvaient très bien être fixés sur l'étendue de cette subrogation, en exigeant la copie de la quittance consentie par elle à l'acquéreur.

Ne peut-on pas supposer avec M. Césard Bru (p. 189) « que le législateur ne voyait plus très bien où il allait « et qu'il s'est perdu un peu, semble-t-il, au milieu « des difficultés juridiques qu'il avait lui-même soule- « vées » ?

SECTION III

Effets de la subrogation à l'hypothèque légale à l'égard du créancier subrogé et à l'égard de la femme.

Nous avons étudié dans l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855, complétée par le texte du 13 févr. 1889, la subro-

gation par la femme à son hypothèque légale, qu'elle intervienne au profit d'un créancier hypothécaire ou d'un tiers acquéreur; nous avons vu quels en étaient les effets, nous en avons approfondi le caractère.

Ici s'impose pour nous une justification, celle de n'être pas sorti de notre sujet qui est l'extinction des privilèges et des hypothèques sur les immeubles. Or, ne peut-il pas paraître bizarre de parler de l'extinction de l'hypothèque légale de la femme mariée, alors qu'il s'agit d'une opération juridique qui, tout au contraire, a pour but de faire revivre cette hypothèque au profit d'un tiers? A cette objection nous ferons la réponse suivante : la subrogation, au cas où elle est simplement abdicative, est une pure renonciation à l'hypothèque telle que l'entend l'art. 2180 C. c.; l'hypothèque légale de la femme dans ce cas est éteinte « stricto sensu » à moins qu'elle ne reparaisse pour une autre cause; celle-ci n'a plus le droit de l'exercer, c'est donc une renonciation rentrant absolument dans les termes de l'art. 2180, et l'exposé des lois qui régissent cette matière est tout indiqué dans l'étude de cet article.

Cette remarque faite, nous n'avons pas cru inutile, pour compléter les notions forcément rapides que nous avons données sur la subrogation à l'hypothèque légale, de consacrer dans une dernière section quelques lignes aux effets de cette subrogation à l'égard du créancier subrogé et en second lieu à l'égard de la femme.

§ 1. — *Effets de la subrogation à l'égard du créancier subrogé.*

La subrogation consentie par la femme peut être tantôt abdicative ou désinvestitive, tantôt translative

ou investitive. Elle est abdicative ou désinvestitive quand elle se borne à faire perdre à la femme son hypothèque légale sans en transporter le bénéfice au subrogé, elle est investitive ou translative, au contraire, quand celui-ci a recours à l'exercice de cette hypothèque légale pour mettre en jeu soit le droit de suite, soit le droit de préférence attaché à l'hypothèque légale sur les immeubles qu'elle affecte. Des exemples feront mieux comprendre notre distinction. Je prête 10.000 fr. à un homme marié et je me fais subroger par sa femme à son hypothèque légale ; dans ce cas la subrogation sera translative ; en effet, non seulement la femme ne pourra pas invoquer son hypothèque contre moi, mais encore j'aurai besoin d'y recourir pour me faire payer par préférence, peut-être à des créanciers hypothécaires ou à des créanciers subrogés postérieurs, tout au moins aux créanciers chirographaires. Si, au contraire, je me suis fait consentir en plus de ma subrogation une hypothèque conventionnelle en première inscription par exemple, alors cette hypothèque suffira pour me faire payer, par préférence à tous les autres, je n'aurai besoin que d'une chose, l'abstention de la femme dans l'exercice de son hypothèque légale, ma subrogation sera simplement abdicative. Prenons un autre exemple, et supposons un tiers acquéreur au profit duquel la femme a renoncé à son hypothèque légale : dans ce cas, l'acquéreur n'a besoin que d'une seule chose, n'être pas inquiété par cette hypothèque ; la subrogation est purement abdicative ; mais allons plus loin et supposons sur le même immeuble l'existence de créanciers hypothécaires postérieurs à l'hypothèque légale

de la femme, l'acquéreur paie en observant les formalités de l'al. 5 de la loi du 13 févr. 1889; dans ce cas l'acquéreur aura recours à l'hypothèque de la femme afin de se faire colloquer avant les autres créanciers hypothécaires pour le prix qu'il a payé; alors la subrogation est translative ou investitive.

Mais quand on étudie les effets de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée à l'égard du créancier subrogé, il importe de faire une remarque qui a son importance, c'est qu'au point de vue de ses effets translatifs cette subrogation peut être purement illusoire. Nous allons le faire saisir; je suis subrogé à l'hypothèque légale d'une femme mariée, c'est très bien, mais cette hypothèque n'existe pas toute seule, et son existence est subordonnée à celle d'une créance due à la femme par le mari ; or, pour être fixé sur ce dernier point, il faut nécessairement attendre la dissolution de la communauté, et si, à cette époque, aucune créance n'existe, il n'y a lieu à l'exercice d'aucune hypothèque légale, par suite les tiers que la femme aura pu précédemment subroger auront une garantie absolument nulle ; il n'y a même pas à distinguer si une créance a existé auparavant et a disparu depuis; comme le font observer MM. Baudry et de Loynes (*Priv. et hyp.*, t. II, p. 203), nous ne sommes pas en présence d'une cession de créance, mais bien d'une subrogation à un droit conditionnel qui peut ne jamais exister (1).

(1) V. cependant *D. P.*, 96.2.276. Aux termes de cet arrêt, le créancier, subrogé envers lequel une femme s'est engagée solidairement avec son mari selon l'art. 1431 peut exercer l'hypothèque légale de cette dernière, par cela seul que la femme est exposée à des poursuites, sans que la femme ait des reprises actuelles à exercer contre son mari.

La subrogation consentie par une femme au profit d'un tiers, en dehors de toute autre concession d'une sûreté quelconque, peut donc être purement illusoire. C'est un point qu'il importe de ne pas perdre de vue dans la pratique des affaires (V. *D. P.* 55. 2. 285 ; 69 1. 276 ; en sens contraire arrêt cour de Toulouse, 60. 1. 400). De plus, en supposant une subrogation efficace, un point est à retenir ; c'est que le bénéficiaire ne pourra s'en prévaloir qu'une fois la créance de la femme devenue définitive, c'est-à-dire à la dissolution du mariage, ou à la séparation de biens.

§ 2. — *Effets de la subrogation à l'égard de la femme.*

Les effets de la subrogation à l'égard de la femme varient suivant les circonstances ; il faut en effet distinguer si la subrogation est intervenue au profit d'un de ses créanciers personnels ou bien d'un créancier du mari. Dans le 1^er^ cas, l'hypothèque légale est définitivement éteinte ; en effet, pour se faire payer, le créancier subrogé a exercé la créance même de la femme ; par conséquent cette créance est éteinte et avec elle l'hypothèque qui la garantissait : le mari, dans ce cas, a payé pour la femme et se libère d'autant envers elle (V. Aubry et Rau, t. III, p. 475, § 288 *bis*). Dans le second cas il faut sous distinguer si le créancier subrogé du mari est un créancier chirographaire ou un créancier à hypothèque spéciale sur d'autres immeubles ou un créancier à hypothèque générale.

Le créancier qui se prévaut est-il simplement chirographaire ? Alors, vis-à-vis des créanciers antérieurs la

femme perd le rang privilégié attaché à sa créance, elle sera primée par exemple par les créanciers hypothécaires. S'agit-il d'un créancier hypothécaire sur d'autres immeubles, qui se prévaut de la subrogation pour se faire colloquer sur un immeuble non affecté à sa créance, la solution précédente s'impose encore, car, comme le font très bien remarquer MM. Aubry et Rau, t. III, p. 288 *bis*, n° 49, « le créancier à hypothèque spé- « ciale n'est qu'un créancier chirographaire quant aux « immeubles qui ne lui sont pas affectés » ; enfin sommes-nous en présence d'un créancier à hypothèque générale qui a eu recours à la subrogation pour primer des créanciers préférables en rang, alors la femme ne perd le bénéfice du rang attaché à son hypothèque que relativement à ces derniers. Ces distinctions sont une application de la maxime « res inter alios aliis neque nocere neque prodesse possunt ».

D'ailleurs, dans tous les cas où un créancier est payé en faisant valoir l'hypothèque légale de la femme, celle-ci se trouve de plein droit subrogée à ses droits aux termes de l'art. 1251-3° ; par suite, en vertu de l'art. 1166 C. c., elle pourra poursuivre les débiteurs du mari, et se prévaloir des hypothèques que ces derniers auront pu constituer (V. Aubry et Rau, t. III, § 288 *bis*, et S. 45.1.367 ; 55.2.30 et 687).

Il faut aller plus loin et dire, toutes les fois que la femme s'est obligée pour son mari ou pour la communauté, il naît à son profit, à partir du jour où cette obligation a été contractée, un recours ; or, ce recours, d'après l'art. 2135-2°, al. 3, est garanti par une hypothèque légale.

La subrogation à l'hypothèque légale n'a donc pas pour but d'éteindre d'une façon définitive quant à la femme cette hypothèque. Une distinction est nécessaire, il y aura extinction complète quand la subrogation aura été exercée au profit d'un de ses créanciers personnels, mais si elle a été consentie au profit d'un créancier du mari ou de la communauté, la femme perd sans doute le bénéfice de sa première hypothèque, dont la naissance remontait par exemple au mariage; mais justement en vertu de cette concession, il naît à son profit une autre hypothèque légale dont le point de départ est non pas, comme la première, la célébration du mariage, mais la subrogation, primée par conséquent par les créanciers hypothécaires intermédiaires entre le jour du mariage et celui de cette subrogation, mais qui primera ceux qui viendront après elle.

CHAPTIRE III

La Purge

Article 2180-3°. — Les privilèges et hypothèques s'éteignent « par l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs pour purger les biens par eux acquis ».

Après avoir étudié deux modes d'extinction des privilèges et hypothèques, savoir : l'extinction de l'obligation principale, et la renonciation du créancier, nous avons à nous occuper, comme troisième cause d'extinction, de la purge. Mais avant de l'étudier dans le Code civil, il n'est pas inutile, d'en faire un rapide historique. La purge est une institution née de notre droit français ; le droit romain ne nous en fournit aucune trace ; on ne reconnaisssait pas aux aliénateurs volontaires le droit de dégrever les immeubles acquis de leur privilèges ou hypothèques : seules, les ventes judiciaires et publiques poursuivies par les créanciers jouissaient de cette prérogative.

Cette institution « subhastationes » passa dans notre vieux droit français ; c'est la procédure des décrets forcés dont nous parlent les coutumes : « les « hauts justiciers ou vicomtes, par leurs lois et justices, « peuvent faire vendre, crier et subhaster par décret

« et exécution de justice ». L'édit des criées de 1551 vint réglementer la procédure de ces ventes judiciaires : toute personne qui prétendait avoir un droit réel quelconque sur l'immeuble dont la vente était annoncée publiquement, devait se faire connaître le jour de l'achat, sous peine de perdre son droit ; les créanciers qui s'étaient faits inscrire, même hypothécaires (car les créanciers chirographaires avaient également le droit de se faire inscrire), étaient payés à leurs rangs. L'immeuble ainsi vendu était donc purgé de ses privilèges et hypothèques, mais, comme nous l'avons dit, il fallait pour obtenir ce résultat une vente judiciaire et forcée ; les mêmes risques continuaient à subsister pour l'acquéreur en ce qui concernait les ventes volontaires et non publiques ; il n'avait aucun moyen de se débarrasser des créanciers qui avaient acquis des droits réels sur son immeuble.

Des tentatives de réforme avaient cependant été faites dans certains pays, nous voulons parler des coutumes de nantissement et d'appropriance. Il ne rentre point dans notre cadre de faire une étude détaillée de ces deux institutions ; elles se résumaient en un certain nombre de formalités destinées à donner de la publicité aux différents contrats par lesquels un propriétaire transférait des droits réels à un tiers sur l'un de ses immeubles ; par cette publicité les tiers qui prétendaient avoir acquis eux aussi antérieurement des droits réels étaient invités à les faire connaître sous peine de les perdre, mais remarquons qu'il n'y avait là qu'une demi-mesure dont l'efficacité était bien moins importante que les ventes par « subhastationes ». Celles-ci, en effet,

comme nous l'avons vu, entraînaient bien la chute des privilèges et hypothèques, même de ceux qui avaient été inscrits, puisqu'on payait ainsi les créanciers connus par ordre, et que ce paiement libérait entièrement l'immeuble; dans les ventes privées, au contraire, même sous le régime des coutumes de nantissement ou d'appropriance, la publicité n'avait qu'un résultat: faire connaître les tiers ayant des droits sur l'immeuble vendu sous peine pour ces tiers de perdre leurs droits, s'ils ne les faisaient pas connaître en temps voulu; mais une fois cette formalité remplie, leurs prérogatives, bien loin de disparaître, sont au contraire absolument garanties et leurs privilèges et hypothèques sur l'immeuble vendu sont consolidés d'une façon définitive.

Nous ne trouvons donc pas encore l'institution de la purge telle qu'elle existe dans notre article 2180. Ferrière, dans son dictionnaire de pratique (v° *Décret volontaire*), nous en donne peut-être une application à la vérité très rudimentaire; voici en quoi elle consistait, l'auteur précité nous le dit lui-même: « l'acquéreur « créait une dette imaginaire au profit d'un ami qui en « donnait une contre-lettre.

« En conséquence de cette obligation simulée, l'ac- « quéreur de l'héritage se faisait faire par son ami un « commandement pour payer, et, sur le refus cet ami, « saisissait réellement l'immeuble sur l'acquéreur; en- « suite, à l'exception du bail judiciaire, on faisait les « criées et le reste de la procédure comme dans un « décret forcé jusqu'à l'adjudication ». Mais cette procédure était fort compliquée, et par suite avait le dé-

faut d'entraîner des frais importants, il faut convenir de plus qu'elle était bizarre, et qu'il eût été bien plus simple pour l'acquéreur de se libérer directement envers les créanciers hypothécaires sans imaginer une dette qui, en réalité, n'existait pas. C'est ce que fit enfin l'édit de 1771, dit des lettres de ratification.

« Tous propriétaires, nous dit l'art. VI de l'édit, « d'immeubles réels ou fictifs par acquisition, échange, « licitation, ou autres titres translatifs de propriété, qui « voudront purger les hypothèques dont lesdits im- « meubles seront grevés, seront tenus de prendre à « chaque mutation des lettres de ratifications. — Art. « VII : les lettres de ratification purgeront les hypothè- « ques et privilèges à l'égard de tous les créanciers des « vendeurs qui auront négligé de faire leur opposition « dans la forme prescrite ci-après avant le sceau d'i- « celle ». Les art. 8 et 9 nous indiquent les formalités que devra faire le tiers acquéreur pour purger son immeuble et obtenir ses lettres de ratification. Art 8. « Sera tenu l'acquéreur, avant le sceau des lettres de « ratification, de déposer au greffe du bailliage ou séné- « chaussée, dans le ressort duquel seront situés les hé- « ritages vendus, le contrat de vente d'iceux ; comme « aussi le greffier dudit bailliage et sénéchaussée sera « tenu dans les trois jours dudit dépôt d'insérer dans « un tableau qui sera à cet effet placé dans l'audi- « toire, un extrait du dit contract, quant à la transla- « tion de la propriété seulement, prix et condition d'i- « celle, lequel restera exposé pendant deux mois, et « avant l'expiration duquel ne pourront être obtenues « sur ledit contract aucunes lettres de ratification. »

Art. 9. « Pourra pendant lesdits mois tout créan-
« cier légitime du vendeur se présenter au greffe pour
« y faire recevoir une soumission d'augmenter le prix
« de la vente au moins d'un dixième du prix principal
« et dans le cas de surenchère par un autre créancier
« du vendeur, d'un vingtième en sus dudit prix
« principal par chaque surenchérisseur, ensemble de
« restituer à l'acquéreur les frais et loyaux coûts, et
« du tout donner bonne et suffisante caution qui sera
« reçue par devant le lieutenant général, ou autre offi-
« cier du siège, suivant l'ordre du tableau, en la ma-
« nière accoutumée; et sera loisible à l'acquéreur de
« conserver l'objet vendu, en part fournissant le plus
« haut prix auquel il aura été porté ».

Tout acquéreur, même dans une vente privée et non judiciaire, peut donc purger aux termes de l'édit de juin 1771 moyennant les formalités contenues aux articles 8 et 9 précités. Les formalités se réduisent à faire afficher le contrat de vente au greffe du bailliage ou de la sénéchaussée pendant un délai de deux mois, durant lequel tous les créanciers même chirographaires pouvaient se faire inscrire, mais le délai était surtout important pour les créanciers hypothécaires, car une fois les deux mois écoulés, ceux-ci étaient déchus de leurs privilèges et hypothèques ; quant à ceux qui s'étaient inscrits, leur inscription valait opposition et ils étaient payés suivant leurs rangs : ce paiement entraînait l'extinction de leurs privilèges et hypothèques.

Nous trouvons donc ainsi définitivement établie l'institution de la purge, et nous pouvons remarquer que notre Code civil l'a conservée absolument identique

dans ses art. 2193 et suivants à propos des hypothèques légales non inscrites du mineur et de la femme mariée ; c'est qu'à l'époque de l'édit, toutes les hypothèques étaient occultes comme le sont encore aujourd'hui celles de la femme mariée du mineur et de l'interdit ; nous reviendrons sur ce point.

La loi de l'an VII a maintenu le système de la purge inaugurée par l'édit de 1771, mais elle l'a harmonisée avec le principe de la publicité, qu'elle avait admis. C'est dans ses grandes lignes le système du Code civil, sauf que, la loi de brumaire ne connaissant pas d'hypothèques dispensées d'inscriptions, les notifications personnelles doivent toujours être faites, en d'autres termes les art. 2193 et s. du C. c. n'ont jamais lieu d'être appliqués. Le Code civil s'est donc inspiré de la loi de l'an VII pour toutes les hypothèques soumises à l'inscription ; mais pour celles de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, il fallait forcément des règles particulières : il les a puisées dans l'édit de 1771 dont nous avons parlé.

Nous avons donc maintenant à faire l'étude de la purge telle qu'elle existe de nos jours ; nous ferons deux sections : dans la première, nous verrons à quelles conditions la purge peut s'exercer, dans une seconde quelles sont les formalités exigées par notre Code civil pour purger.

SECTION PREMIÈRE

Conditions nécessaires pour pouvoir purger.

Avant de décrire les formalités de la purge, il est essentiel de connaître quelles choses peuvent être pur-

gées et en outre quelles personnes peuvent se servir de ce mode d'extinction des privilèges et hypothèques.

§ 1er. — *Quelles choses sont susceptibles d'être purgées.*

Le but de la purge est d'affranchir les immeubles des privilèges et hypothèques dont ils peuvent être grevés : donc elle pourra s'appliquer seulement aux choses susceptibles de privilèges ou hypothèques, c'est-à-dire aux termes de l'art. 2118 : 1° aux biens immobiliers qui sont dans le commerce et leurs accessoires réputés immeubles ; 2° à l'usufruit des mêmes biens et accessoires pendant le temps de sa durée.

Nous inspirant de ce principe, il nous est facile, dans une rapide revision, de voir quand la purge pourra être appliquée, et quand elle ne pourra pas l'être. S'appliquera-t-elle à la nue propriété, à l'usufruit ?

Évidemment oui ; l'art. 2118 nous a fixés d'une façon formelle sur ce point ; la même solution sera donnée pour l'emphytéose, car au fond c'est un usufruit d'une durée déterminée. Celui qui jouit d'un droit d'emphytéose a un véritable droit réel sur la chose ; c'est du moins l'opinion de savants jurisconsultes comme MM. de Loynes et Dalmbert et qui, à notre humble avis, doit être acceptée.

Pourra-t-on purger des servitudes ? La question peut se poser : non pas en effet qu'on puisse hypothéquer séparément du fonds une servitude, mais supposons un immeuble hypothéqué, ou sur lequel le précédent propriétaire a fait inscrire son privilège de vendeur ; le propriétaire actuel vend sur cet immeuble un droit de passage : l'acquéreur de ce droit pourra-t-il exercer la

purge de façon à ne plus redouter le privilège de l'ancien vendeur? Nous répondrons non, car quel est le résultat possible de la purge, c'est d'aboutir à une adjudication publique ; or, les servitudes ne sont pas susceptibles d'être vendues publiquement, séparément de leurs fonds ; le même motif nous dictera la même solution pour le droit d'usage ou d'habitation (Art. 631 et 634 C. c.), ces droits ne peuvent être vendus ou cédés, par conséquent, on ne pourra les purger des privilèges ou hypothèques qui les affectaient.

Pour savoir quels droits réels peuvent être purgés, nous nous servirons donc des deux critériums suivants qui, en réalité, n'en forment qu'un : 1° le droit est-il susceptible d'hypothèque? 2° est-il susceptible d'être vendu aux enchères ? Si oui, on pourra purger, si non, on ne le pourra pas. Nous avons dit que ces deux critériums n'en forment qu'un; en effet, la loi a permis d'hypothéquer justement les choses susceptibles de se vendre aux enchères, de sorte qu'en définitive un seul principe s'impose : on pourra purger toutes les fois que le droit acquis sera susceptible d'être hypothéqué. Ainsi j'acquiers une source sur laquelle vous n'aviez qu'un simple droit de servitude, je ne pourrai purger ; si, au contraire, j'achète cette source du propriétaire et séparément d'un fonds hypothéqué je pourrai purger. C'est une application de notre principe. (V. Dalloz, 2. 93, p. 425.)

§ 2. — *Quelles personnes peuvent purger ?*

Nous savons quand on peut avoir recours à la purge ; il nous reste maintenant à examiner quelles personnes

peuvent s'en servir. Si c'est un mode d'extinction des privilèges et hypothèques sur les immeubles, il est clair cependant que tout le monde ne peut y avoir recours : si j'hypothèque par exemple mon immeuble, je ne pourrai évidemment pas, le lendemain, en opérer la purge ; le législateur, en en décidant ainsi, aurait créé une véritable anarchie. Pour déterminer qui pourra purger, il faut comprendre dans quel but la purge a été instituée ; or, nous savons que c'est en faveur de la libre circulation des biens, pour favoriser les acquisitions, et aussi pour maintenir la stabilité de la propriété. Nous inspirant de cette idée, et des art. 2185 et s. du C. c., où il est question de la purge, nous dirons que pour y avoir recours il faut : 1° être acquéreur de l'immeuble, 2° n'être pas tenu personnellement à la dette.

1° Il faut être acquéreur de l'immeuble.

Nous avons dit que la purge a été instituée dans le but unique de favoriser la libre circulation des biens, par suite la qualité d'acquéreur est nécessaire pour s'en servir. Du reste la loi ne distingue pas entre l'acquéreur à titre onéreux ou à titre gratuit ; les deux sont acquéreurs et doivent pouvoir purger sous les réserves que nous examinerons plus tard.

Mais ici se placent deux ou trois questions qui ont prêté à la controverse : les modalités qui affectent une acquisition peuvent-elles empêcher la purge ? Je suis acquéreur, sous condition suspensive, de votre maison qui est hypothéquée : pourrai-je me servir de la purge ? La raison de douter, c'est que je ne suis pas encore propriétaire, et que pour purger il faut avoir cette qualité (art. 2183 C. c.). L'objection de M. Pont n'est pas

sans valeur, quand, pour soutenir l'opinion adverse, il remarque que le propriétaire sous condition suspensive peut bien hypothéquer, et que par conséquent il doit pouvoir également purger; nous le répétons, cet argument a sa valeur et il nous a fait hésiter longtemps. Mais outre qu'on peut répondre qu'un texte autorise un propriétaire sous condition suspensive à hypothéquer (art. 2125), tandis qu'aucun n'en fait autant quand il s'agit de purger, il y a pour nous contre cette opinion une impossibilité de fait : nous verrons en effet que la première formalité pour purger est de faire des offres réelles; or, l'acquéreur sous condition suspensive ne peut évidemment faire que des offres conditionnelles, et alors comment les créanciers hypothécaires pourraient-ils surenchérir ?

Telle n'est pas la situation de l'acquéreur sous condition résolutoire ; ici, cet acquéreur est véritablement propriétaire, son titre existe; il a pu le faire transcrire ; par conséquent nous admettrons qu'il peut purger. Nous tranchons ainsi peut-être un peu témérairement une question qui, nous le savons, a profondément divisé la doctrine et la jurisprudence ; mais les discussions interminables auxquelles elle a donné lieu, et auxquelles elle donne lieu tous les jours, ne font que nous confirmer à nous renfermer d'une façon rigoureuse dans les principes. Nous n'entrerons point dans la discussion des quatre ou cinq systèmes qui ont été proposés sur cette question : nous risquerions d'abord de les mal présenter, et nous craindrions d'apporter de l'obscurité dans notre sujet. Nous le répétons, nous nous contentons d'adopter l'opinion qui se confine dans

les principes généraux sur les effets de la condition résolutoire. Si la condition défaillit, rien de plus simple, les effets de la purge sont définitivement acquis ; si, au contraire, elle se produit, la purge est considérée comme non avenue, et nous admettons alors que l'acquéreur dépossédé est subrogé aux créanciers hypothécaires, quant à la somme qu'il leur a versée. La Cour de cassation admet ce système, mais elle le pousse à ses extrêmes limites : pour elle, la purge est un fait accompli qu'aucun événement ne peut effacer; les privilèges et hypothèques sont donc irrévocablement éteints même si la condition résolutoire se produit (V. *D. P.* 47.1.217; 73.1.321). Ce système a le tort de ne pas être en conformité absolue avec les principes qui régissent la condition résolutoire ; on ne peut adresser un pareil reproche à celui que nous soutenons.

Le débiteur qui a constitué une hypothèque sur un de ses immeubles ne peut pas purger, car il n'est pas un acquéreur ; il en sera de même pour le prêteur de deniers, qui ne pourra, par exemple, purger les immeubles de son débiteur des hypothèques légales non inscrites qui peuvent le grever ; nous verrons qu'une loi de 1853 en a cependant décidé autrement en faveur du crédit foncier. Nous nous promettons de revenir sur cette loi à la fin de notre étude. Quant à la caution réelle, nous savons qu'on a voulu lui reconnaître le droit de purger; nous ne pouvons mieux leur répondre qu'en nous inspirant de la note qu'ont fait paraître à ce propos MM. Aubry et Rau, t. III., p. 504 : « Ces au-« teurs, disent les savants jurisconsultes, partent de « l'idée que toute personne admise à délaisser comme

« n'étant pas personnellement obligée à la dette, est « par cela même autorisée à purger. Cette idée ne nous « paraît pas exacte. Il est bien vrai que celui qui ne « peut pas délaisser ne peut pas davantage purger ; « mais il n'est pas permis de conclure de sa faculté de « délaisser à celle de purger. Ainsi, celui qui a consti- « tué une hypothèque pour sûreté de la dette d'un « tiers est admis à délaisser, parce que le délaissement « ne porte aucune atteinte à la complète efficacité du « droit hypothécaire, tandis que il ne saurait être au- « torisé à purger parce qu'il a contracté envers le créan- « cier sinon l'engagement de payer la dette garantie « par l'hypothèque qu'il a constituée, du moins l'obli- « gation de laisser en suivre les effets, en s'abstenant « de tout acte de nature à y porter obstacle, et qu'il « manquerait à cette obligation en usant d'une faculté « dont l'exercice paralyserait le droit de poursuite du « créancier. »

Enfin l'acquéreur d'une part indivise pourra-t-il purger ? Nous répondrons négativement, tant que le partage n'aura pas été fait, car pour pouvoir purger il faut être propriétaire d'une chose déterminée et certaine.

2° pour purger il faut n'être pas tenu personnellement de la dette.

La purge a été, avons-nous vu, instituée dans l'intérêt des acquéreurs au détriment des créanciers hypothécaires : si en effet elle favorise les aliénations, elle lèse ces créanciers en ce sens qu'elle les oblige ou peut les obliger à recevoir leur créance de suite, qui peut ne pas encore être échue ; si par conséquent la pur-

ge a été admise dans l'intérêt public, encore doit-elle être repoussée toutes les fois que le respect dû aux conventions y met obstacle ; or, c'est ce qui arrive pour celui qui est tenu personnellement à la dette, c'est-à-dire pour le débiteur personnel ou ses successeurs universels ou à titre universel ; ces derniers peuvent bien être des acquéreurs au sens légal du mot s'ils sont par exemple des légataires, mais ils ne pourront purger cependant. Pourquoi ? La raison en est très simple. Étant successeurs à la personne, ils sont tenus comme celle-ci de toutes les obligations qu'elle a contractées. Or, dans la dette que le *de cujus* a contractée, existait implicitement l'obligation de ne nuire en quoi que ce soit aux créanciers hypothécaires, par conséquent de ne pas purger ; donc, ces légataires universels ou à titre universel ne pourront avoir recours à une pareille solution.

Un légataire particulier, au contraire, pourra purger, car il n'est pas tenu personnellement à la dette du *de cujus ;* il en sera de même pour un donataire de biens présents, même universel ; un pareil donataire universel n'est pas un successeur à la personne ; la question a cependant soulevé quelque objection en ce qui concerne le légataire particulier : c'est là un moyen, a-t-on dit, d'occasionner une lésion aux créanciers, car ce légataire pourra offrir un prix inférieur à la valeur réelle, et calculée de façon qu'en surenchérissant d'un dixième le prix serait au contraire supérieur à cette valeur réelle : or, c'est là une faculté détournée, pour le testateur, de violer la règle « nemo liberalis nisi liber- « tus » ; nous répondrons qu'il y a un moyen très simple

pour les créanciers d'éviter une lésion, c'est de demander la séparation des patrimoines ; ils sont sûrs alors d'être payés avant les légataires et la purge n'aura pas lieu de s'appliquer.

Il est clair qu'un débiteur solidaire ne peut purger un immeuble hypothéqué de la dette dont il est tenu personnellement; il en sera de même pour le codébiteur conjoint tant qu'il n'aura pas payé sa part :

Ainsi je vends à Primus et Secundus un immeuble chacun pour la moitié ; j'acquiers ainsi un privilège de vendeur, puis Secundus achète la part de Primus qui par hypothèse ne m'a pas payé. Secundus va-t-il pouvoir purger l'immeuble de mon privilège?

Il faut répondre oui, si Secundus s'est acquitté envers moi de sa part contributive, car il est acquéreur, mais non, dans le cas contraire, parce que Secundus est bien acquéreur, mais il est personnellement tenu à la dette.

La question s'est également posée pour un héritier partiaire. Voici deux héritiers à qui le défunt laisse 20.000 francs de dettes, et un immeuble hypothéqué à la garantie de cette dette; Secundus paie sa part contributive, c'est-à-dire 10.000 francs: va-t-il pouvoir purger la part de l'immeuble tombée dans son lot? Il faut répondre négativement ; sans,doute, Secundus est libéré mais il lui incombe cependant toujours une obligation en sa qualité de continuateur à la personne du *de cujus*, c'est celle de ne nuire en rien aux droits du créancier, par suite de ne point purger; nous irons même plus loin et nous dirons que ce droit de purger, Secundus ne l'aura pas sur les immeubles de Primus

alors même qu'il aurait acheté les biens de ce dernier ; sans doute il possède à titre d'acquéreur ces immeubles, mais il ne peut en opérer la purge parce qu'ils avaient été hypothéqués par le *de cujus* dont lui-même est le continuateur ; tout autre serait la solution si à la place d'un héritier on suppose un tiers cessionnaire d'une hérédité ou d'une quote-part ; dans ce cas, ce tiers n'est pas le continuateur à la personne du *de cujus*, c'est un successeur à titre particulier, il faut lui reconnaître la faculté de purger.

En nous appuyant sur un arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 1876 (V. S. 76. 1. 81), nous accorderons la même faculté à un héritier bénéficiaire qui s'est rendu adjudicataire d'un des immeubles de la succession. Comme nous le dit la note qui précède cet arrêt, l'héritier sous bénéfice d'inventaire qui se rend adjudicataire sur licitation d'un immeuble de la succession est « un tiers détenteur » qui a la faculté de purger : « la loi du 23 mars 1855 n'a prononcé la dis- « pense de la transcription pour les partages et les « jugements d'adjudication sur licitation au profit « d'un copartageant qu'à l'égard du dessaisissement « de l'ancien propriétaire et non pas *au point de vue* « *de la purge* ». (V. arrêt précité.)

Mais il est nécessaire que l'héritier ait acquis le bien de la succession autrement que comme héritier : à ce dernier titre, en effet, il ne peut purger ; sans doute il n'est pas personnellement tenu à la dette, mais il ne saurait avoir plus de droits que le *de cujus ;* du reste tant que toutes les charges ne sont pas acquittées, l'héritier n'est pas propriétaire et par conséquent ne peut purger ;

et une fois le passif payé, s'il reste des immeubles, il est évident qu'il n'y a plus lieu à purger, puisqu'il n'y a plus de dettes. La question peut donc seulement se poser dans l'hypothèse prévue par l'arrêt précédent : il faut supposer l'héritier bénéficiaire acquéreur d'un immeuble de la succession par jugement d'adjudication.

SECTION II

Formalités de la purge.

Ces formalités sont, il faut bien le dire, plus du ressort du Code de procédure que du Code civil. Aussi n'en ferons-nous qu'une rapide énumération.

Nous diviserons cette section en deux paragraphes : le premier destiné aux formalités à remplir par le tiers acquéreur qui veut purger, le second à la surenchère.

§ 1er — *Formalités que doit remplir le tiers acquéreur pour purger.*

La première formalité pour l'acquéreur est de faire transcrire son titre, ce qui est rationnel depuis la loi de 1855, car avant de purger un immeuble des privilèges ou hypothèques qui peuvent le grever, il faut empêcher qu'il s'en constitue de nouveaux du chef de l'ancien propriétaire, c'est-à-dire rendre le droit de propriété opposable aux tiers par la transcription de son titre.

Cette première formalité remplie, il faut distinguer s'il s'agit de privilèges ou hypothèques inscrits, ou bien d'hypothèques légales dispensées d'inscription.

1° S'agit-il d'hypothèques ou de privilèges inscrits? Dans ce cas les bénéficiaires en sont connus et il est facile de s'adresser directement à eux-mêmes ; c'est ce que dit l'art.2183 du C. c.: « Si le nouveau propriétaire veut se garantir de l'effet des poursuites autorisées dans le chapitre VI du présent titre, il est tenu soit avant les poursuites, soit dans le mois au plus tard, à compter de la 1re sommation qui lui est faite, de notifier aux créanciers, aux domiciles par eux élus dans leurs inscriptions, etc... »

Au moment de la transcription, l'acquéreur a dû requérir du conservateur un état des inscriptions; grâce à cet état, il lui est facile de faire les notifications de l'art. 2183 ; la loi de l'an VII donnait un mois à l'acquéreur après la transcription pour faire ces notifications; passé ce délai, il ne pouvait les faire, par suite la purge n'était plus possible. Le Code civil s'est montré moins exigeant : il n'est imparti aucun délai, l'acquéreur peut toujours purger, sauf quand il a reçu une sommation de payer ou de délaisser faite par un créancier inscrit; dans ce cas, il a un mois pour faire les notifications de l'art. 2183; passé ce délai la purge n'est plus possible, et deux moyens lui appartiennent seulement : payer ou délaisser.

L'art. 2183 *in fine* nous indique ce que doivent contenir ces notifications : 1° un extrait du titre de l'acquéreur, avec le nom du vendeur ou du donateur ainsi que la désignation de l'immeuble; 2° un extrait de la transcription ou plutôt du certificat délivré par le conservateur, constatant que la transcription a été faite; 3° un tableau sur trois colonnes; la 1re conte-

nant la date des hypothèques et des inscriptions, la 2e le nom des créanciers, la 3e le montant des créances inscrites ; toutes ces conditions sont exigées en faveur des créanciers à qui les notifications doivent être faites; ceux-ci en effet ont intérêt à connaître le titre en vertu duquel il y a translation de propriété, et les biens qu'on veut purger; ils ont aussi intérêt à savoir si le tiers acquéreur est véritablement propriétaire, c'est-à-dire s'il a fait transcrire ; enfin par les trois colonnes, ils sauront combien il y a de créanciers inscrits, quel est leur rang respectif, et par le montant des créances inscrites, ils verront s'ils ont quelque chance d'être payés et, le cas échéant, s'ils peuvent surenchérir. L'art. 2184 nous dit en outre que l'acquéreur déclarera, dans ses notifications, qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes et charges hypothécaires; jusqu'à concurrence seulement du prix sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles.

2° Purge des hypothèques dispensées d'inscription.

Telles sont en quelques mots les formalités que doit remplir le tiers acquéreur pour purger, la principale consiste dans les notifications ; mais si ces notifications sont possibles pour les hypothèques et les privilèges inscrits, si on pouvait y avoir toujours recours sous le régime de la loi de l'an VII qui ne connaissait pas d'hypothèques occultes, il n'en est plus de même avec notre système du Code civil qui dispense d'inscriptions les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit ; dans ce système, les notifications individuelles n'étaient plus possibles, aussi le Code

civil devait-il établir une procédure spéciale pour la purge de ces hypothèques: c'est ce qu'il a fait dans les art. 2193 et s.; disons tout de suite que ces articles ont été inspirés par l'édit de 1771 dont nous avons déjà parlé (V. art. 8); les formalités sont les mêmes. L'acquéreur doit déposer copie de son titre au greffe du tribunal civil du lieu où sont situés les immeubles, et de plus certifier ce dépôt à la femme ou au subrogé-tuteur; les intéressés ont alors 2 mois pour faire inscrire leur hypothèque (comparer art. 8 de l'édit de 1771 avec art. 2194 C. c.) Si aucune inscription n'est prise dans les deux mois, l'acquéreur ne peut être inquiété par aucune hypothèque légale (art. 2195); si, au contraire il est pris inscription, l'acquéreur doit consigner son prix; art. 2195, al. 2. « Si cependant il existe « des créanciers antérieurs qui absorbent le prix en « totalité ou en partie, l'acquéreur est libéré du prix « ou de la portion du prix par lui payée aux créanciers « placés en ordre utile, et les inscriptions du chef des « femmes, mineurs, ou interdits, seront rayées ou en « totalité, ou jusqu'à due concurrence (2195, al. 2) ».

Remarquons en terminant que l'acquéreur n'est tenu à cette purge que quand son vendeur est encore marié ou tuteur, ou quand son mariage ou sa tutelle a cessé depuis moins d'un an; nous savons en effet qu'au bout d'un an après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, les hypothèques légales de la femme, du mineur ou de l'interdit ne sont plus dispensées de l'inscription (art. 8. Loi du 23 mars 1855); par conséquent de deux choses l'une : ou elles ont été inscrites, et alors ce sont les règles des art. 2181 et s.

sur la purge des hypothèques inscrites, qui doivent être appliquées, ou elles ne l'ont pas été, et elles ne peuvent plus l'être après la transcription de l'acte d'aliénation ; dans ce cas, l'acquéreur n'a pas à s'en préoccuper.

§ 2. — *De la surenchère.*

La surenchère est le droit que possède tout créancier privilégié ou hypothécaire de faire revendre l'immeuble, s'il considère les offres de l'acquéreur comme insuffisantes. Le résultat de la surenchère est de faire remettre l'immeuble en adjudication publique ; alors de deux choses l'une : ou bien un autre acquéreur se présente qui offre un prix supérieur à la surenchère, ou bien personne ne comparaît et alors le surenchérisseur devient propriétaire définitif, car aucune nouvelle surenchère ne peut être faite après la première : c'est là une application de la règle « surenchère sur surenchère ne vaut». La surenchère est en effet, comme on l'a dit, le « correctif » de la purge; sans elle il est aisé de comprendre que les créanciers hypothécaires seraient à la merci de l'acquéreur, qui pourrait leur faire des offres dérisoires ; grâce à elle ils peuvent défendre leurs droits et retirer de leur gage sa valeur à peu près réelle. On ne comprendrait pas le droit de purger sans celui de surenchérir, celui-ci est le complément de celui-là. Mais si la surenchère est un droit sacré et indispensable, il faut cependant reconnaître qu'il a le désavantage d'apporter une grande instabilité dans la propriété, c'est pourquoi il doit cesser quand sa raison d'être n'existe plus : or, sa raison d'être, nous l'avons dit, est

de garantir les droits des créanciers hypothécaires, ces droits sont préservés avec efficacité par la faculté qu'a chaque créancier de surenchérir du dixième et de se porter adjudicataire à la vente qui suit la surenchère ; par conséquent une deuxième surenchère n'aurait plus sa raison d'être, et elle ne sera pas admise : telle est pour nous la genèse absolument rationnelle de la maxime « surenchère sur surenchère ne vaut ».

Cette règle est d'ordre public puisqu'elle est établie dans l'intérêt de la libre circulation des biens, par suite elle doit être appliquée dans toute sa rigueur ; nous en ferons une application sévère dans le cas suivant : un acquéreur a fait des notifications à fin de purge qui ont été suivies de surenchère ; Primus a été déclaré adjudicataire, et a fait transcrire ; mais il existait des hypothèques légales dispensées d'inscription : les notifications individuelles n'ont évidemment pas atteint les bénéficiaires de ces hypothèques, c'est-à-dire la femme, les mineurs ou les interdits. L'art. 838 C. de pr. *in fine* nous dit alors que le jugement d'adjudication ne purge pas ces hypothèques occultes, et qu'il faut avoir recours aux formalités des art. 2193 et s. du C. c. ; Primus va donc remplir les formalités requises : Supposons que des hypothèques soient inscrites, faut-il reconnaître à ceux qui en sont les bénéficiaires le droit de surenchérir ? Non, répondrons nous, en nous appuyant sur la règle « surenchère sur surenchère ne vaut » ; il y a une première surenchère suivie d'une adjudication, il est à croire que l'immeuble a été vendu à peu près à sa juste valeur, sans quoi il y aurait eu d'autres enchérisseurs, par conséquent une deuxième suren-

chère n'aurait plus sa raison d'être, et n'aurait pour résultat que d'entraîner des frais nouveaux sans aucun avantage. Cette opinion a pour elle un texte formel, c'est le septième al. de l'art. 838 du C. de pr.: « l'adjudication par suite de surenchère sur aliénation volontaire ne pourra être frappée d'aucune autre surenchère ».

Les partisans d'une deuxième surenchère objectent que notre système viole l'art. 2193 du C. c., qui veut que les créanciers à hypothèques légales puissent surenchérir. Nous ne pouvons mieux réfuter leur objection qu'en copiant la réponse de MM. Aubry et Rau, au § 293 *bis*, note 7, de leur *Traité sur les Priv. et hyp.* : « A la différence de la purge ordinaire, disent « les savants jurisconsultes, la purge légale telle qu'elle « est organisée par les art. 2193 et s. ne tend pas « précisément à provoquer l'exercice de la faculté de « surenchérir: son objet spécial est de constituer les « créanciers à hypothèques légales dispensées d'inscrip- « tion en demeure de s'inscrire sous peine de déchéance « du droit de suite. C'est à ce point de vue, qui est bien « celui du code Napoléon, que se sont placés les rédac- « teurs de l'art. 838 du C. de pr.; et l'on comprend dès « lors que le dernier alinéa de cet article qui ne pres- « crit que dans un but spécial et restreint la purge des « hypothèques légales se concilie parfaitement avec « l'avant-dernier alinéa du même article, aux termes « duquel l'adjudication sur surenchère après aliénation « volontaire ne peut être suivie d'aucune autre suren- « chère ».

Les articles 2185 et s. nous indiquent comment et de

quelle façon doit s'y prendre le créancier qui désire surenchérir. Il doit d'abord notifier sa décision à l'acquéreur qui lui a fait des notifications à fin de purge, et à l'ancien propriétaire dans les quarante jours de ces notifications. Passé ce délai, il est déchu de son droit de surenchérir et est censé accepter les offres faites par ce dernier (art. 2185-1° et 2°); il est averti de cette façon qu'on va inquiéter l'acheteur de son immeuble. L'original et les copies de ces requêtes de surenchère faites à l'acquéreur et à l'ancien propriétaire doivent être signés du requérant en personne, ou de son fondé de pouvoirs, de façon à ce qu'il y ait certitude qu'il n'a pas agi à la légère (art. 2185-4°). Enfin le surenchérisseur doit donner caution juqu'à concurrence du prix et des charges (2185-5°), dernière précaution prise en faveur de l'acquéreur.

Une fois ces premières formalités remplies, la vente se poursuit, nous dit l'article 2187, suivant les formes établies pour les expropriations forcées, à la diligence soit du créancier qui l'aura requise, soit du nouveau propriétaire : ces formes font partie du Code de pr., nous ne les examinerons donc pas.

. . . . . .

En résumé nous voyons que le résultat de la purge est le suivant : remplacer les immeubles qui forment la garantie de certaines dettes par une somme d'argent qui devient affectée à ces dettes. C'est donc avec raison qu'on a dit que la purge n'éteignait pas les privilèges et les hypothèques, seul le paiement qui s'ensuit aboutit à ce résultat, ou plutôt nous distinguerons le droit de suite et le droit de préférence et nous dirons :

la purge au point de vue du premier éteint les privilèges et les hypothèques ; en effet, une fois les notifications de l'acquéreur acceptées ou après le jugement d'adjudication prononcé, les créanciers hypothécaires n'ont plus de droit sur l'immeuble; en d'autres termes, ils ne peuvent poursuivre le tiers acquéreur en expropriation, par conséquent le droit de suite est éteint ; au contraire ils conservent leurs droits sur le prix, ils doivent être colloqués à leur rang, par conséquent le droit de préférence survit à la purge jusqu'au parfait paiement, donc c'est ce paiement qui éteint d'une façon définitive les privilèges et les hypothèques, et non la purge, ou, comme nous le disons plus haut, la purge fait disparaître le droit de suite et le paiement le droit de préférence. Il y aurait toute une thèse à écrire sur ce sujet; elle donnerait lieu à un parallèle intéressant entre le droit de suite et le droit de préférence, il n'entre point dans notre cadre de faire cette étude qui nous entraînerait trop loin. Nous nous permettrons seulement de citer une des applications intéressantes du principe que nous venons de poser : il s'agit de la purge des hypothèques légales non inscrites ; nous savons que les créanciers bénéficiaires de ces hypothèques ont deux mois pour prendre inscription (V. art. 2193 et s.); passé ce délai ils perdent la faculté de surenchérir et n'ont plus droit que sur le prix (V. art. 772 C. proc.). Qu'est-ce à dire? sinon qu'au point de vue du droit de suite la purge a éteint l'hypothèque légale, mais qu'au point de vue du droit de préférence cette hypothèque survit jusqu'au paiement.

SECTION III

De la Purge virtuelle

Au point où nous en sommes rendus de notre étude sur la purge, nous pouvons apprécier d'une façon sûre quels en sont les effets : elle transporte sur le prix les privilèges et hypothèques qui étaient affectés à un immeuble. Qu'est-ce donc que cette opération, est-elle de droit commun? Est-il naturel que le prix d'un immeuble en revête la nature juridique? En d'autres termes, voici un immeuble hypothéqué qui est vendu, le prix de la vente va-t-il être « ipso jure » affecté au paiement de ces hypothèques sans aucune formalité légale? Non évidemment, ce prix deviendra dans le patrimoine du débiteur une valeur mobilière affectée au gage de tous les créanciers même chirographaires de ce dernier, et non pas seulement des créanciers qui avaient privilège ou hypothèque sur l'immeuble aliéné.

Pour qu'il en soit autrement, il faudra une volonté formelle du législateur, qui, par une fiction juridique, fera passer les caractères de l'immeuble au prix qui le représente; cette fiction juridique s'appelle une subrogation réelle.

C'est une subrogation réelle en vertu de laquelle le prix remplace l'immeuble avec tous les accessoires dont il était accompagné.

Cette subrogation réelle, la loi devait la créer, car les privilèges ou les hypothèques s'exerçant en définitive sur le prix, il fallait permettre aux créanciers hypothécaires de transporter sur lui leurs sûretés réelles ;

mais s'il fallait la créer pour protéger ces créanciers, il fallait aussi pour le même motif la limiter. En effet, il était nécessaire d'empêcher les fraudes qui n'auraient pas manqué de surgir; on devait éviter que ce prix fût inférieur à la valeur de l'immeuble, résultat qui se serait produit, si la loi avait attaché la subrogation réelle à tous les actes translatifs de propriété, sans y apporter aucune restriction. Cette restriction, c'est la formalité de la purge.

C'est donc la purge qui produit la subrogation réelle dont nous venons de parler : grâce à elle, les inconvénients que nous avons signalés ne peuvent se manifester; par son droit de surenchère, le créancier hypothécaire ou privilégié pourra toujours sauvegarder ses intérêts. Mais on conçoit que cette intervention du législateur, si elle se justifie pleinement dans les aliénations volontaires et non publiques où le créancier hypothécaire peut être la dupe d'un concert frauduleux entre le propriétaire de l'immeuble et le tiers acquéreur, n'aurait plus sa raison d'être, quand le danger d'un préjudice possible n'existe pas pour ce créancier, quand toute collusion a été impossible entre le vendeur débiteur principal et l'acheteur ou tiers acquéreur.

En d'autres termes, nous paraphrasons ainsi notre pensée : il y a deux sortes de purge : la première, que nous appellerons de droit commun, est celle des art. 2181 et 2193 du C. c. : elle nécessite une procédure spéciale et distincte de l'acte translatif; la seconde, que nous appellerons d'exception, est celle attachée à certains actes juridiques, qui d'eux-mêmes, par suite de

la confiance qu'ils inspirent, entraînent la purge des privilèges et des hypothèques quant aux biens dont ils opèrent la transmission. Ajoutons qu'un autre critérium a guidé le législateur et le jurisconsulte dans la désignation des actes translatifs qui « ipso jure » entraînaient la purge ; c'est l'application de la maxime « surenchère sur surenchère ne vaut » ; toutes les fois qu'une surenchère ne sera plus possible il y aura « purge virtuelle » ; ces deux critériums que nous posons comme devant marquer les aliénations purgeant « ipso facto » n'en font du reste qu'un, car c'est justement parce que ces aliénations présentent toute sécurité aux créanciers hypothécaires qu'on leur a appliqué la règle « surenchère sur surenchère ne vaut ». Dans ces cas, une procédure spéciale est inutile pour purger, la purge est virtuellement contenue dans l'acte lui-même.

En intitulant cette section « purge virtuelle », nous avons donc voulu indiquer que nous allions nous occuper des cas où elle découle implicitement de l'aliénation elle-même. Hâtons-nous de dire que l'expression n'est pas de nous : nous l'avons empruntée à M. Dalmbert, qui l'a fréquemment employée dans son traité théorique et pratique sur la purge.

Nous ramènerons à cinq les cas où l'aliénation purge d'elle-même « ipso jure » les immeubles des privilèges et hypothèques, où il y a, autrement dit, purge virtuelle : 1° l'adjudication sur surenchère du dixième, 2° la vente sur saisie immobilière, 3° la vente judiciaire quelconque suivie d'une surenchère du sixième, 4° la vente des immeubles d'un failli faite depuis l'union par les syndics, et suivie de surenchère du dixième d'après l'art.

573 C. de comm., 5° la vente sur expropriation pour cause d'utilité publique.

§ 1er. — *Adjudication sur surenchère du dixième*

Ce cas est relatif à l'aliénation volontaire suivie de purge. Les offres du tiers acquéreur n'ont pas été acceptées et un créancier a surenchéri du dixième; or que ce soit ce créancier qui reste en définitive dernier acquéreur par suite de sa surenchère, que ce soit le tiers détenteur surenchéri, que ce soit un autre tiers, l'effet est toujours le même ; il était contesté avant la loi du 2 juin 1841, il ne l'est plus depuis l'art. 2 de cette loi qui nous dit : « l'adjudication par suite de « surenchère sur l'aliénation volontaire ne pourra être « frappée d'aucune autre surenchère. » Et depuis également la loi du 21 mai 1858 qui déclare applicable aux ventes sur surenchère du dixième l'art. 717 al. 7 C. pr. qui dit : « le jugement d'adjudication dûment transcrit « purge toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont « plus d'action que sur le prix » ; rappelons cependant que si des notifications à fin de purge n'ont pas été faites aux créanciers à hypothèques légales par le premier acquéreur surenchéri, l'adjudicataire doit avoir recours aux formalités de l'art. 2193, mais nous savons la portée de cette restriction, nous n'y reviendrons pas.

Donc le jugement d'adjudication purge « ipso jure » les privilèges et hypothèques. Le droit des créanciers hypothécaires a été suffisamment sauvegardé pour accepter cette solution ; la purge de droit commun n'aboutirait du reste qu'à augmenter les frais, puisque

le droit de surenchérir n'existe plus : « surenchère sur « surenchère ne vaut. »

§ 2. — *Vente sur saisie immobilière.*

Aux termes de l'art. 717 C. pr., le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques même légales (il faut ajouter : et les privilèges) et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix. Remarquons du reste de suite que cet art. 717 n'est que la continuation des « subhastationes » en droit romain et des décrets forcés dans notre vieux droit français, dont nous avons déjà parlé. De tout temps en effet les ventes sur expropriation forcée ont inspiré confiance au législateur ; elles sont en effet entourées d'une telle publicité et de telles formalités, que les créanciers hypothécaires ont pu tout à leur aise sauvegarder leurs intérêts, et veiller à ce que l'immeuble soit vendu un prix rémunérateur. Il y a même une remarque à faire à propos de ces cas particuliers de purge, c'est que le jugement d'adjudication purge les privilèges et les hypothèques alors même qu'une surenchère du sixième peut intervenir dans la suite (art. 708) ; c'est la seule exception, croyons-nous, au principe que nous avons posé, savoir : que seules les aliénations où il n'est plus possible de surenchérir purgent les immeubles aliénés ; elle est justifiée par la grande publicité de la saisie immobilière, et surtout par ce fait exceptionnel que tous les créanciers hypothécaires ou privilégiés sont pour ainsi dire parties-liées à la procédure par suite des notifications que doit leur faire le poursuivant.

(art. 692 C. pr.). On s'est demandé si l'adjudication prononcée à la suite d'une conversion sur saisie produisait le même effet; la doctrine et la jurisprudence font une distinction qui a pour elle la logique : si la conversion a eu lieu avant les sommations faites aux créanciers, l'adjudication n'opère pas purge, mais si elle a eu lieu après, il en est autrement, car les créanciers hypothécaires ont été liés à la procédure comme si l'expropriation avait suivi son cours. Mais ici se place une controverse qui est loin d'être résolue : Est-ce à partir du jugement d'adjudication ou seulement de sa transcription que les hypothèques et privilèges sont éteints? L'intérêt pratique de la question peut être considérable, car si la purge existe à partir du jugement, il suffit que les hypothèques aient une inscription valable à cette époque; au contraire, si c'est à partir seulement de la transcription, l'inscription devra être valable jusque-là, et il faudra la faire renouveler si par exemple le délai de 10 ans est expiré.

La discussion naît de l'art. 717. C. pr. qui dit : « Le « jugement d'adjudication dûment transcrit purge « toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont plus « d'action que sur le prix ».

Un premier système qui, outre quelques savants jurisconsultes tels que MM. Thézard, Troplong, Baudry et de Loynes, a pour lui la jurisprudence de la Cour de cassation, décide que les effets de la purge commencent seulement à partir de la transcription du jugement d'adjudication et que par conséquent jusqu'à cette époque les inscriptions doivent être renouvelées.

Cette opinion s'appuie sur le texte même de l'art.

717 qui parle du jugement *dûment* transcrit : on ajoute de plus que l'adjudicataire doit être devenu propriétaire « erga omnes » pour que le droit sur la chose soit converti en droit sur le prix, car pour cette conversion une mutation de propriété est nécessaire ; or, depuis la loi de 1855, pour être propriétaire « erga omnes », l'adjudicataire doit avoir fait transcrire son titre.

Nous ne contestons pas ce point, mais nous ne trouvons pas le motif suffisant pour faire triompher le système qui l'allègue ; la transcription telle que l'a créée le législateur de 1855 met un terme aux inscriptions nouvelles qui pourraient être prises ; elle n'a pas trait à celles qui ont déjà produit leurs effets, ce qui est notre hypothèse, car les créanciers hypothécaires ont été liés à la procédure de la saisie immobilière.

Nous nous rangeons donc au système contraire qui est défendu par MM. Aubry et Rau, Dalmbert, etc..., et de nombreux arrêts de cour d'appel. MM. Aubry et Rau donnent une raison de leur opinion à laquelle n'ont point répondu leurs adversaires (voir tome III, p. 376, § 281, note 14) : « Aujourd'hui comme autrefois, disent-« ils, l'adjudication devient, par le fait même du juge-« ment d'adjudication et en vertu même d'un véritable « *contrat judiciaire*, débiteur direct de son prix envers « les créanciers inscrits à ce moment. Si de nouvelles « inscriptions peuvent être prises jusqu'à transcription « du jugement d'adjudication, il n'en résulte pas que « ces créanciers aient besoin de renouveler leurs pro-« pres inscriptions pour conserver un droit qui leur « était irrévocablement acquis ». Un arrêt du 9 mai 1871 de la Cour de Caen (*D. P.* 76. 2. 103) a développé

cette argumentation qui pour nous n'a point été réfutée. (V. aussi arrêt Cour de Toulouse, 1er mars 89. *D. P.* 90. 2. 70). L'opinion contraire semble perdre de vue le point suivant : c'est en vertu d'un contrat passé entre les créanciers inscrits et l'adjudicataire que le prix se trouve subrogé à l'immeuble ; or ce contrat tacite résulte évidemment du jugement d'adjudication ; les contradictions que le système contraire a apportées dans son application sont du reste une preuve contre lui et en faveur de notre opinion. (V. Trib. civil. Cahors, 25 j. 1892. *D. P.* 92. 2. 418).

§ 3. — *Vente judiciaire quelconque suivie d'une surenchère du sixième.*

Nous savons que, parmi les ventes judiciaires, une seule, celle faite sur saisie immobilière, purge de plein droit les immeubles aliénés : nous avons donné précédemment les motifs de cette mesure exceptionnelle. Quant aux autres ventes judiciaires, telles que celles des biens des mineurs ou des interdits, les adjudications sur licitation ou celles d'immeuble dépendant d'une succession bénéficiaire, elles retombent dans la règle commune : ces aliénations ne purgent pas *ipso jure*, elles doivent avoir été suivies d'une surenchère. Le jugement d'adjudication qui suit cette surenchère opère alors la purge de plein droit selon l'application de la maxime « surenchère sur surenchère ne vaut » (V. art. 965 C. pr.)

§ 4. — *La vente des immeubles d'un failli faite depuis l'union par les syndics et suivie de surenchères du dixième d'après l'art. 573 C. comm.*

L'article 573 C. comm. décide que les biens vendus

par les syndics d'une faillite peuvent être atteints d'une surenchère dans les 15 jours de la vente; dans ce cas le jugement d'adjudication sur surenchère purgerait les privilèges et hypothèques, car une surenchère n'est plus possible. Mais ici s'est élevée une controverse ; l'art. 573, a-t-on dit, ne se borne pas là, il a voulu dire bien davantage : aux termes de cet article, les ventes faites par les syndics après l'union doivent être assimilées à celles faites sur saisie immobilière ; elles doivent purger de plein droit les privilèges et hypothèques : les syndics en effet représentent la masse des créanciers, ceux-ci sont censés liés à la procédure, comme ils sont réputés l'être dans la saisie immobilière par les sommations qui leur sont faites par le poursuivant; en conséquence l'adjudication d'un immeuble du failli doit produire les mêmes effets que celle d'un débiteur poursuivi en expropriation forcée. Un arrêt de la cour de Riom ratifié par la Cour de cassation et rapporté dans le *D. P.* 1875 1. 211, développe le système que nous venons d'exposer et en faveur duquel se prononce la jurisprudence d'une façon générale; MM. Lyon-Caen et Renault, dans leur précis de droit commercial, tome II, n° 2954, se rangent à cette opinion : « Si les créan- « ciers, disent-ils, ne sont pas liés à la procédure d'ad- « judication au moyen des sommations prescrites par « l'art. 692 C. pr., du moins ils sont avertis de la faillite « par la large publicité dont elle est entourée ». M. Thézard, au n° 200 de son *Traité des priv. et hyp.*, invoque les mêmes raisons. Malgré la haute valeur de ces jurisconsultes nous préférons avec MM. Aubry et Rau, Baudry-la-Cantinerie et de Loynes, Dalmbert, adopter l'o-

pinion contraire. Aucun texte n'autorise à assimiler une vente faite par des syndics à une adjudication sur saisie immobilière ; d'ailleurs, il est peut-être hasardé de prétendre que la publicité de la faillite équivaut aux sommations de la poursuite sur expropriation forcée ; ensuite s'il est vrai de dire que les syndics représentent tous les créanciers, même hypothécaires ou privilégiés, l'assertion n'est plus exacte en ce qui concerne ceux qui peuvent exister du chef des précédents propriétaires ; pour eux la vente faite par les syndics est « *res inter alios acta* ». Un arrêt de la cour de Besançon du 15 mai 1880 (*D. P.* 81. 2.55) met parfaitement en relief l'opinion que nous soutenons : « Attendu, dit « un des dispositifs de l'arrêt, que, d'après l'art. 717 « C. pr., le jugement d'adjudication sur saisie immo- « bilière dûment transcrit purge toutes les hypothè- « ques, mais que cette disposition est spéciale aux ad- « judications en matière de saisie immobilière, et n'a « point été renouvelée pour régler les effets de tout « autre jugement ; qu'elle ne saurait être étendue aux « ventes de biens de mineurs ou de biens appartenant « à des faillis..., etc., etc... »

Nous admettrons donc que la vente faite par les syndics ne purge pas « ipso jure » et que l'acquéreur doit remplir les formalités de la purge.

§ 5.— *Vente sur expropriation pour cause d'utilité publique.*

Le cinquième cas où la vente opère de plein droit la purge des privilèges et des hypothèques est la vente pour cause d'utilité publique.

L'art. 17 de la loi du 3 mai 1841 nous dit que dans la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation les hypothèques et les privilèges seront inscrits; passé ce délai il y aura purge à leur égard; dans ce cas en effet la loi n'autorise pas la surenchère, même de la part des créanciers hypothécaires. Cette disposition se comprend à merveille : on expropie un propriétaire pour affecter son terrain à un usage d'utilité publique. Ce serait aller contre le but de l'institution elle même si on permettait à un tiers quelconque de se rendre par une surenchère acquéreur de ce terrain. L'intérêt du reste des créanciers hypothécaires est pleinement sauvegardé par cette disposition, qu'ils peuvent exiger une indemnité fixée par le jury d'expropriation.

L'art. 17 apporte cependant une petite restriction quant aux effets du jugement d'expropriation dûment transcrit ; il décide que les femmes mariées, mineurs ou interdits, conservent cependant, malgré le défaut d'inscription, un droit de préférence sur le prix jusqu'à la collocation ; mais le droit de suite est perdu, et ces créanciers ne pourraient pas exiger par exemple que l'indemnité fût fixée selon les formalités du titre IV. C'est un des cas où le droit de préférence survit au droit de suite.

On s'est posé la question de savoir à quel moment la purge est définitive. Certains auteurs, MM. Aubry et Rau par exemple, s'appuyant sur l'art. 17 de la loi de 1841, soutiennent que ce résultat n'est acquis qu'après le délai de quinzaine qui doit suivre la transcription. Cette question est la même que celle qui nous a occu-

pés à propos de la saisie immobilière sur les effets du jugement au sujet de la purge, c'est pourquoi nous la résoudrons de la même façon. (V. Dalmbert, n° 66, p. 91, n. 2.) Nous considérons que la purge résulte d'une convention tacite intervenue entre l'acquéreur et les créanciers hypothécaires ; or, cette convention tacite remonte au jour du jugement d'expropriation, la purge doit donc être définitive à partir de ce moment. En vain on objecte que la loi donne non seulement jusqu'à la transcription mais encore un délai de 15 jours après elle pour s'inscrire, par conséquent, dit-on, la purge doit être définitive après ces 15 jours seulement. Nous répondrons : Ce délai est une faveur accordée aux créanciers non inscrits, mais elle n'empêche pas les effets du contrat tacite dont nous venons de parler de se produire dans leur intégralité ; quant au préjudice possible que pourront subir les créanciers hypothécaires nouveaux qui auront fait inscrire leurs privilèges ou hypothèques dans le délai de 15 jours, et qui auront été induits en erreur parce que à cette époque les créanciers antérieurs n'avaient pas fait renouveler leurs inscriptions, nous renvoyons l'objection au législateur, mais nous ne la considérons pas comme suffisante pour sortir de l'interprétation rigoureuse des principes. (V. en sens contraire : Cass., 30 j. 1865. *D. P.* 65.1. 75.)

CHAPITRE IV

Prescription du privilège et de l'hypothèque

La prescription est le quatrième et dernier mode d'extinction énuméré par l'art. 2180 ainsi conçu : « Les privilèges et hypothèques s'éteignent : 4° par la « prescription. La prescription est acquise au débiteur quant aux biens qui sont dans ses mains par le temps « fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hy- « pothèque ou le privilège. Quant aux biens qui sont dans « la main d'un tiers détenteur, elle lui est acquise par le « temps réglé pour la prescription de la propriété à son « profit ; dans le cas où la prescription suppose un ti- « tre, elle ne commence à courir que du jour où il a été « transcrit sur les registres du conservateur. Les in- « scriptions prises par le créancier n'interrompent pas « le cours de la prescription établie par la loi en faveur « du débiteur ou du tiers détenteur ».

En étudiant cet article nous observerons l'ordre qu'il a adopté, et nous distinguerons comme il le fait deux cas à propos de la prescription : 1° le bien grevé d'hypothèque ou de privilège est resté entre les mains du débiteur personnel ; 2° le bien est passé entre les mains d'un tiers détenteur.

1° Le bien est entre les mains du débiteur personnel. — Le texte de la loi dans cette hypothèse est très simple,

il décide que la prescription du privilège ou de l'hypothèque est intimement liée à celle de la créance; en d'autres termes tant que le créancier conservera le droit de poursuivre son débiteur pour le principal, sa poursuite pourra également s'exercer sur les immeubles hypothéqués à la sûreté de sa créance et qui sont restés entre les mains du débiteur.

La prescription du privilège ou de l'hypothèque sera donc dans ce cas la plupart du temps de 30 ans ; les créances ordinaires en effet se prescrivent généralement par ce temps ; certaines ont une prescription plus courte, l'action du mineur contre son tuteur par exemple (art. 475). L'hypothèque légale qui l'accompgne se prescrira alors par 10 ans.

Cette disposition est absolument rationnelle ; l'hypothèque est l'accessoire de la créance ; tant que l'immeuble qu'elle atteint appartient au débiteur personnel, elle ne confère pas un droit distinct et séparé ; voici Primus qui me doit 10.000 fr., et à la sûreté de cette dette il m'a affecté sa maison hypothécairement ; on comprend aisément que je ne puisse poursuivre Primus en expropriation de sa maison sans préalablement lui faire commandement de payer, par conséquent l'action hypothécaire est liée à l'action principale, et de même si j'ai laissé prescrire ma créance contre Primus, il est tout aussi évident que mon hypothèque aura subi le même sort, en vertu de cette règle que l'accessoire ne saurait survivre au principal. Il y a du reste une autre raison, la voici en deux mots : la prescription de l'hypothèque est, nous le verrons, une prescription acquisitive, partant subordonnée à une possession non

équivoque et non précaire ; or, la possession du débiteur personnel de l'immeuble n'a évidemment pas ce caractère (V. Pothier, chap. VI, n° 205, éd. Bugnet).

2° Le bien est passé entre les mains d'un tiers acquéreur.

Tout autre est la situation quand l'immeuble hypothéqué se trouve avoir passé entre les mains d'un tiers acquéreur. Ici la maxime que l'accessoire ne peut survivre au principal est encore vraie. Le privilège ou l'hypothèque subissent la prescription si l'obligation principale a été elle-même prescrite ; mais la réciproque ne s'impose pas, et l'accessoire, c'est-à-dire l'hypothèque, peut disparaître avant le principal, c'est-à-dire la créance. Il est facile de donner une explication de cette distinction ; en effet, supposons un bien hypothéqué passant entre les mains d'un tiers détenteur, le créancier va exercer contre ce dernier son droit de suite, mais quelle est donc la nature de cette action donnée au créancier contre le tiers détenteur? Ce n'est pas à coup sûr comme débiteur personnel que celui-ci est inquiété, mais en vertu de l'action hypothécaire ; ici cette action a une existence indépendante de celle de l'obligation principale : elle la suppose puisqu'elle en est l'accessoire, mais étant séparée d'elle, elle peut disparaître indépendamment et prématurément.

Deux points sont donc définitivement fixés et nous n'y reviendrons plus : 1° le bien est-il toujours entre les mains du débiteur personnel ? La prescription de l'hypothèque ou du privilège suit le sort de l'obligation principale, et nous renvoyons au titre de la prescrip-

tion ; 2° l'immeuble est-il passé entre les mains d'un tiers détenteur et la créance est-elle prescrite quant au débiteur personnel? Pas de doute encore, l'accessoire ne peut survivre au principal, l'hypothèque ou le privilège est prescrit ou plus exactement peut-être il est éteint,

Reste le cas où l'immeuble est devenu la propriété d'un tiers acquéreur et où l'obligation principale continue à exister ; nous venons de voir que l'acquéreur peut invoquer la prescription de l'hypothèque indépendamment de celle de la créance, c'est l'hypothèse prévue par l'art. 2180. 4°, al. 2.

Ce texte a toujours été considéré comme un des plus difficiles du Code civil : l'explication en est cependant assez simple, il suffit de bien comprendre le sens de la disposition qu'il contient, nous allons la paraphraser de la façon suivante :

La loi assimile la prescription du privilège ou de l'hypothèque à celle de la propriété ; nous savons que cette dernière se prescrit par 10 à 20 ans quand l'acquéreur a juste titre et bonne foi, par 30 ans dans les autres cas. Il y aura lieu d'appliquer la même règle en ce qui concerne le privilège ou l'hypothèque ; mais tandis que la prescription de la propriété s'accomplit entre le tiers acquéreur et le véritable propriétaire, celle de l'hypothèque s'accomplira entre le tiers acquéreur et le créancier hypothécaire ; en d'autres termes, étant donné un immeuble hypothéqué, il faut placer le tiers détenteur vis-à-vis du créancier, et supposer pour un instant qu'il s'agisse de prescrire contre ce dernier la propriété : le tiers détenteur savait-il qu'il existait

des charges réelles, ou bien a-t-il acquis par suite d'une usurpation? il ne sera à l'abri des poursuites du créancier hypothécaire qu'au bout de 30 ans; au contraire, possède-t-il en vertu d'un juste titre (vente, échange, donation, etc.) et a-t-il eu des motifs sérieux d'ignorer l'existence des charges réelles qui grevaient l'immeuble, alors dans ce cas, à l'égard du créancier hypothécaire, l'hypothèque et le privilège seront prescrits par 10 ans si le créancier habite dans le ressort de la cour où se trouve situé l'immeuble, par 20 ans dans le cas contraire.

On voit par ces explications que si la prescription de la propriété et de l'hypothèque se confondent par leur identité de mécanisme et de fonctionnement, elles peuvent différer quant à leurs résultats : ainsi j'achète de bonne foi « a non domino » une maison, qui, je le sais, est hypothéquée au profit d'un créancier. Quant à la propriété et à l'égard du véritable propriétaire j'ai juste titre et bonne foi, donc je prescrirai par 10 à 20 ans; mais quant à l'hypothèque et à l'égard du créancier, j'ai juste titre mais mauvaise foi, je prescrirai seulement par 30 ans.

Nous ne nous étendrons pas davantage sur ces deux conditions du juste titre et de la bonne foi que doit présenter la prescription hypothécaire de 10 à 20 ans. Les règles relatives à la prescription de la propriété sont de tous points applicables, et il suffit de s'y reporter, c'est ainsi par exemple que la bonne foi du tiers détenteur devra être présumée (art. 2268.)

On a nié la possibilité de la bonne foi en ce qui concerne la prescription du privilège ou de l'hypothèque.

Le tiers acquéreur, a-t-on dit, aurait pu facilement avoir connaissance des charges qui pesaient sur son immeuble, il n'avait qu'à consulter le registre des inscriptions, donc il est forcément de mauvaise foi quant à ces inscriptions ; dans un seul cas la bonne foi pourra être admise, c'est quand il s'agit d'hypothèques légales dispensées d'inscription. Cette objection n'est pas pleinement valable, on y a répondu victorieusement en disant qu'aucun texte n'obligeait les acquéreurs à consulter les registres des conservations ; nous y ajouterons un autre argument. Les acquéreurs n'achètent pas toujours par eux-mêmes, très souvent ce sont des hommes d'affaires, des notaires par exemple qui agissent pour leur compte. Dans ce cas on comprend facilement qu'ils aient pu ignorer l'existence des charges réelles qui pesaient sur l'immeuble dont ils ont fait l'acquisition. Mais cette ignorance doit avoir été complète ; par application de ce principe la jurisprudence décide avec raison que la prescription décennale est impossible quand le tiers acquéreur s'est engagé à payer son prix entre les mains des créanciers inscrits ; cette clause démontre suffisamment qu'il a connu les charges hypothécaires qui grevaient l'immeuble (V. *D. P.* 64. 1. 191) ; une pareille solution est encore applicable, selon nous, dans le cas où un tiers acquéreur a fait les notifications prescrites par les articles 2183 et s. du C. c. ; c'est du moins l'opinion admise par MM. Grenier et Troplong avec raison, croyons-nous ; la jurisprudence s'est montrée cependant en sens contraire (V. *D. Rép.*, v° *Hypoth.*, n° 2523).

L'al. 2 *in fine* fixe comme point de départ de la

prescription la transcription du titre, dans les cas qui en supposent un, c'est-à-dire toutes les fois qu'il s'agit d'une prescriptionde 10 à 20 ans ; ce titre tranche heureusement sur ce point la controverse qui existe encore au sujet de la prescription de la propriété.

On s'est demandé si cet al. 2 de l'art. 2180-4° concernait aussi le tiers ayant constitué une hypothèque sur son bien pour sûreté d'une dette d'autrui ; c'est bien évidemment un tiers détenteur, mais en tout cas il est sans titre et certainement de mauvaise foi, par conséquent il ne pourra jamais se prévaloir de la prescription de 10 à 20 ans; pourra-t-il même user de celle de 30 ans? MM. Aubry et Rau admettent l'affirmative (V. t. III, p. 494, § 293) ; la négative pour nous est préférable. Nous répondrons d'abord avec M. Thézard (n° 248) « qu'en constituant l'hypothèque le tiers a pris « l'engagement sinon de payer la dette, au moins de « maintenir cette hypothèque et de la faire valoir tant « que subsisterait la créance » ; en second lieu, pour prescrire il faut une possession non équivoque, ce qui n'est pas le cas de notre tiers constituant; par conséquent l'hypothèque sera prescrite seulement quand l'obligation principale l'aura été.

Ce dernier argument suppose la solution d'une question controversée que nous devons examiner, savoir que la prescription de l'hypothèque ou du privilège est acquisitive et non pas extinctive.

Contre notre opinion on objecte, MM. Aubry et Rau par exemple, au § 293, t. III, que la prescription hypothécaire a pour but d'éteindre les charges qui grevaient un immeuble ; c'est donc une prescription extinc-

tive d'un droit réel; mais alors la prescription de la propriété a pour but aussi d'éteindre un droit réel, celui du propriétaire sur sa chose; faut-il alors prétendre qu'elle aussi est simplement extinctive ? Mais celle-ci pour s'accomplir n'exige qu'une chose, l'inertie du titulaire pendant 30 ans. Est-ce là la seule condition de la prescription de la propriété ou de l'hypothèque? Suffit-il de l'inertie du propriétaire ou du créancier hypothécaire pendant 30 ans sans aucun autre fait? Bien évidemment non, les textes sont formels : il faut de plus le fait, la possession de celui au profit duquel il va être prescrit ; grâce à cette possession prolongée, le nouveau propriétaire de l'immeuble hypothéqué acquerra la chose libre de toutes charges, il acquerra *l'absence d'hypothèque*. Nous sommes donc en présence d'une prescription acquisitive, la question n'est pas douteuse pour ceux qui voient dans l'hypothèque un démembrement de la propriété, elle est parfaitement admissible même pour ceux qui repoussent cette théorie, car l'art. 2180 est formel : pour prescrire il exige la possession, or la possession est la caractéristique de la prescription acquisitive.

Notre opinion était du reste admise par Pothier dans l'ancien droit au chapitre 3 § 6, éd. Bugnet, de son *Traité de l'hypothèque ;* elle est défendue aujourd'hui par la majorité des auteurs, c'est celle adoptée par MM. Baudry et de Loynes dans leur nouvel ouvrage sur les privilèges et les hypothèques.

Nous avons vu, en abordant l'étude de ce chapitre, que la prescription de l'hypothèque devait être assimilée à celle de la propriété ; les causes qui amènent la suspen-

sion ou l'interruption de la seconde produisent donc le même effet pour la première.

La prescription hypothécaire ne courra pas par exemple contre le mineur (art. 2252) ; mais, remarque importante à faire, il s'agit ici du créancier hypothécaire et non de l'ancien propriétaire ; nous trouvons une application de ce principe dans le fait suivant : aux termes de l'art. 2253 la prescription ne court pas entre époux ; j'achète une maison à un homme marié, vais-je pouvoir prescrire l'hypothèque de la femme ? Assurément oui, car la prescription va s'opérer entre cette dernière et moi, nous ne rentrons pas par conséquent dans les termes de l'art. 2253, sauf cependant la restriction apportée par l'art. 2256-2°.

La question de savoir si la prescription hypothécaire est suspendue au profit d'un créancier à terme ou conditionnel et contre le tiers acquéreur est vivement controversée ; la jurisprudence admet l'affirmative, et nous défendrons son système ; sans doute on objecte qu'une pareille solution se défend mal rationnellement, que du reste le créancier hypothécaire peut facilement éviter la prescription, car il peut avoir recours à des actes conservatoires (1), actionner par exemple le tiers acquéreur en déclaration d'hypothèque (V. Baudry et de Loynes, n° 2295 *in fine*). Pour nous l'art. 2180-4° al. 2 est concluant : assimile-t-il, oui ou non, la prescription de l'hypothèque à celle de la propriété ? Si oui, il

(1) A ce compte la disposition de l'art. 2257 ne s'explique pas plus pour la prescription de la créance conditionnelle ou à terme que pour celle de l'hypothèque, car le créancier conditionnel peut également, à l'égard de son débiteur, avoir recours à des actes conservatoires ; l'argument n'est donc pas probant.

faut pousser l'assimilation jusqu'au bout, autrement il n'y a pas de discussion possible. Qu'on n'invoque pas que l'assimilation n'est faite qu'en ce qui concerne la prescription acquisitive décennale et que l'art. 2257 a trait à la prescription extinctive, la vérité est que ce texte se réfère à la prescription de 30 ans en général sans aucune distinction et par conséquent à celle de la propriété ou de l'hypothèque. (V. *D. P.* 80.1.338).

Aux causes de suspension il faut ajouter celle d'interruption : tant que le débiteur personnel reste propriétaire d'un immmeuble, nous savons que la question n'a pas lieu de se poser, puisqu'alors il n'y a pas de prescription hypothécaire distincte de celle de la créance ; il faut évidemment supposer l'immeuble hypothéqué passé entre les mains d'un tiers détenteur ; selon la règle que nous avons déjà maintes fois établie, les actes interruptifs en matière de prescription de la propriété sont applicables à notre cas, c'est-à-dire qu'il y aura lieu de se référer aux art. 2242 et s. du C. c.

Aux termes de l'art. 2243, il y aura interruption naturelle quand le tiers détenteur qui est en train de prescrire l'hypothèque ou le privilège de l'immeuble aura été dépossédé pendant plus d'un an, soit par le créancier hypothécaire, soit par un tiers.

L'article 2244 nous donne l'énumération des cas d'interruption civile, ils sont : la citation en justice, le commandement et la saisie.

La citation en justice aura lieu rarement de s'appliquer, car le tiers détenteur n'est pas tenu personnellement envers le créancier hypothécaire ; celui-ci n'aura donc pas à le citer en justice ; il le pourra cependant,

non pas pour lui réclamer un paiement qu'il ne doit pas, mais pour l'assigner en reconnaissance du privilège ou de l'hypothèque (Arg. art. 2173).

Le commandement ne sera jamais donné au créancier hypothécaire contre le tiers détenteur, un pareil acte exige en effet un titre exécutoire et le premier n'en a pas contre le second ; il est remplacé par la sommation de payer ou de délaisser ; cette sommation est-elle interruptive de la prescription hypothécaire? Pour la négative on peut dire qu'aucun texte ne donne une pareille faculté ; nous nous rangerons cependant à l'opinion contraire, qui est celle de la jurisprudence et de plusieurs auteurs (1) ; on peut considérer en effet que la sommation adressée au tiers détenteur tient lieu de commandement; de plus, comme le font remarquer MM. Baudry et de Loynes, t. III, n° 2300, comme la saisie transcrite elle immobilise les fruits, par conséquent elle doit produire le même effet interruptif que la saisie même non transcrite.

Le troisième cas d'interruption énuméré par l'art. 2244 est la saisie ; cet acte interruptif sera applicable à la prescription hypothécaire, aucun doute ne peut exister sur ce point, car ici le tiers détenteur est personnellement poursuivi. Enfin, selon l'art. 2248, la prescription sera interrompue par la reconnaissance volontaire de l'hypothèque faite par le tiers détenteur.

L'art. 2180 *in fine* nous fait observer que les inscriptions prises par le créancier n'interrompent pas le

(1) V. Aubry et Rau, t. II., p. 351 ; t. III, p. 494 ; Thézard, n° 253 ; Laurent, t. XXXI, n° 397, et t. XXXII, n° 109.

cours de la prescription établie par la loi en faveur du débiteur ou du tiers détenteur; vis-à-vis du débiteur la remarque est superflue, puisqu'il ne peut prescrire l'hypothèque indépendamment de la créance; à l'égard du tiers acquéreur depuis la loi du 23 mars 1855 l'hypothèse peut se présenter quand il y aura prescription de 30 ans; en effet cette prescription a pour point de départ l'entrée en possession du tiers détenteur, et les inscriptions requises sur l'immeuble dans la suite n'empêchent pas la prescription de s'opérer à son profit; l'hypothèse sera irréalisable au contraire en cas de prescription de 10 à 20 ans : en effet, la prescription au profit du tiers acquéreur ne commencera à courir qu'à partir de la transcription de son titre, mais justement à partir de cette transcription il ne pourra plus être pris d'inscription du chef de l'ancien propriétaire; il existe cependant un cas exceptionnel dans lequel notre texte pourra s'appliquer, c'est quand il s'agira d'inscriptions prises en renouvellement : l'art. 2180 *in fine* a évidemment trait à cette situation particulière.

CHAPITRE V

Des modes d'extinction non prévus par l'article 2180.

Nous venons d'étudier les quatre modes d'extinction prévus par l'art. 2180 du Code civil : extinction de l'obligation principale, renonciation, purge et prescription ; il convient, dans un chapitre distinct, de faire une place spéciale à un cinquième mode d'extinction, qui a donné lieu à des discussions intéressantes et à une loi assez nouvelle du 19 février 1889 : nous voulons dire la perte de l'immeuble, objet du privilège ou de l'hypothèque.

Avant d'aborder cette étude, il est bon de passer en revue les autres modes d'extinction qu'il convient d'ajouter à ceux de l'art. 2180. Nous placerons au premier rang la réduction de l'hypothèque légale des articles 2143 à 2145 et 2161 à 2165 du C. c. Les immeubles compris dans la réduction cessent d'être grevés par l'hypothèque légale, il y a donc extinction de cette hypothèque. Mais cette extinction, remarquons-le, est toute relative : l'hypothèque légale continue à atteindre les immeubles qui n'ont pas été compris dans la réduction.

Au second rang on peut placer la résolution des droits du constituant comme propriétaire, dans les cas où cette résolution produit ses effets « ut ex tunc » ; mais

la même observation qu'à propos de l'obligation principale est ici à faire : il serait plus exact de dire que dans ce cas l'hypothèque ou le privilège n'a jamais existé et par conséquent ne peut être résolu.

Enfin certains auteurs ont voulu ajouter comme causes d'extinction : 1° le défaut d'inscription en temps utile ; 2° le défaut de production à l'ordre dans les délais fixés par la loi (C. de pr., art. 754 et 755) ; 3° l'effet d'une collocation inutile, l'actif étant épuisé ; 4° la déchéance résultant de l'art. 2198 ; mais ces causes d'extinction sont plutôt des conséquences de la purge que des causes directes et principales (V. Baudry, *Précis de Dr. C.*, t. III, p. 877, n° 1510). Nous ne nous y attarderons pas davantage, et nous aborderons de suite l'étude du dernier mode d'extinction sur les immeubles que nous avons à examiner : la perte de l'immeuble hypothéqué.

Pour être méthodique nous ferons deux sections : dans la 1re nous étudierons la question telle qu'elle se présentait avant la loi du 19 février 1889, dans une seconde nous examinerons les réformes apportées par cette loi.

SECTION PREMIÈRE

Perte de l'objet hypothéqué avant la loi du 19 février 1889.

Nous avons vu que l'hypothèque ou le privilège sont des accessoires forcément accompagnés de deux choses : 1° une obligation principale, 2° un immeuble objet du privilège ou de l'hypothèque. De plus nous avons vu également que la disparition de l'obligation principale entraîne celle des privilèges et des hypothèques ; pour

les mêmes raisons nous sommes amenés à conclure qu'une fois l'objet disparu ces sûretés réelles disparaissent avec lui.

S'il reste quelque partie de l'immeuble hypothéqué, celle-ci reste affectée au gage du créancier; l'hypothèque par exemple continuera à grever le sol d'une maison qui a été la proie des flammes. Pothier (V. *Hyp.*, ch. III, § 1, n° 175) dans ce cas faisait même survivre l'hypothèque sur les matériaux, quand ces matériaux paraissaient destinés à la reconstruction, mais en pratique la difficulté sera de savoir quand une pareille destination aura lieu; d'ailleurs, cette interprétation a le grand défaut d'être contraire à l'art. 532 C. civ. qui range de semblables matériaux parmi les meubles; si tel est leur caractère ils ne sont évidemment pas susceptibles d'hypothèque (V. Persil *Reg. hyp.*, art. 2.180, n° 8.)

La question peut se poser pour un immeuble hypothéqué envahi par une rivière qui a changé son cours; aux termes de l'art. 563 C. c. le propriétaire ainsi évincé prend à titre d'indemnité le terrain abandonné par l'ancien lit; les hypothèques qui grevaient l'immeuble disparu vont-elles revivre sur le nouveau? M. Persil conclut en faveur de l'affirmative : il se base sur l'art. 563 C. c. : aux termes de cet article, dit-il, le nouvel immeuble représente l'indemnité de l'ancien, cette indemnité doit donc produire les mêmes effets. Nous n'accepterons pas un pareil système, tout au moins avant la loi de 1889, car quels sont en définitive les effets de cette solution; ils aboutissent tout simplement à une subrogation réelle, ils font succéder juridiquement

un immeuble à un autre ; or, nous l'avons vu, il faut un texte formel pour produire une pareille fiction juridique. Ce texte existe depuis la loi du 19 février 1889, et aujourd'hui le système que nous contestons est parfaitement admissible ; nous croyons même qu'il doit être accepté, mais il ne devait pas l'être auparavant.

Enfin, l'immeuble objet de l'hypothèque ou du privilège peut être mis hors du commerce, il peut être exproprié, par exemple, pour cause d'utilité publique ; l'art. 18 de la loi du 3 mai 1841 crée alors une subrogation au profit du créancier hypothécaire, il décide que les droits de ce créancier seront transportés sur l'indemnité ; la loi du 19 fév. 1889, à laquelle nous arrivons maintenant, est basée sur le même principe.

SECTION II

Réformes apportées par la loi du 19 février 1889

Nous diviserons cette section en deux paragraphes : dans le 1er, nous étudierons la loi de 1889; dans le 2e nous en ferons la critique.

§ 1er. — *Loi de 1889.*

Nous venons de voir disparaître les privilèges et les hypothèques avec les immeubles qu'ils grevaient, mais une difficulté s'était présentée quand ces immeubles avaient disparu par suite d'incendie, et que cet incendie était couvert par une assurance. Dans ce cas, le créancier hypothécaire ou privilégié était-il substitué à l'indemnité versée par la compagnie d'assurance, ou cette indemnité devenait-elle au contraire le gage

de tous les créanciers même chirographaires du débiteur ? La question était controversée en doctrine et en jurisprudence, elle devait être résolue et elle l'était généralement dans le dernier sens (V. *D. P.* 55. 2.251; S. 73.2. 274; S. 80. 2. 234). Nous avons vu en effet que la subrogation en vertu de laquelle une valeur mobilière peut remplacer un immeuble quelconque ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un texte de loi précis et formel; or aucun texte n'existait sur ce point.

La pratique avait suppléé à cette insuffisance et, dans tous les contrats hypothécaires, la clause par laquelle le créancier hypothécaire se réservait un droit absolu sur l'indemnité de l'assurance était devenue de style.

Emue des récriminations auxquelles donnait lieu un pareil état de choses, la commission instituée par le gouvernement vers 1850 pour la révision de notre régime hypothécaire avait admis dans son projet le principe de la subrogation de l'immeuble par l'indemnité.

Dans son rapport sur cette question, M. Bethmont faisait remarquer qu'il serait peut-être préférable d'employer simplement l'indemnité à reconstruire. Nous examinerons la valeur de cette objection plus tard. On sait que le projet n'aboutit pas, ce furent seulement les articles 2 et 3 de la loi du 19 février 1889 qui tranchèrent la question qui nous occupe.

Ces articles sont ainsi conçus :

Article 2 : « les indemnités dues par suite d'assu-
« rance contre l'incendie, contre la grêle, contre la
« mortalité des bestiaux ou les autres risques, sont

« attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse « aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant « leur rang. Néanmoins les paiements faits de bonne « foi avant opposition sont valables.

« Art. 3 : Il en est de même des indemnités dues en « cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, par « application des articles 1733 et 1382 C. c. En cas « d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, « l'assuré ou ses ayants droit ne pourront toucher tout « ou partie de l'indemnité sans que le propriétaire de « l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits « aient été désintéressés des conséquences du sinistre. »

Ces textes sont assez clairs par eux-mêmes, et nous n'entrerons pas dans de plus amples développements à leur sujet, mais ils doivent attirer notre attention sur un point : définir le caractère juridique de l'opération par laquelle le droit du créancier hypothécaire ou privilégié se trouve transporté de l'immeuble sur l'indemnité. Nous l'avons déjà dit, c'est pour nous une subrogation réelle : le résultat obtenu est le même que celui de la purge ; les droits des créanciers hypothécaires ou privilégiés sont transportés de l'immeuble sur le prix. MM. Baudry et de Loynes (*Priv. et hyp.*, t. I, n^os^ 286 et s.) objectent d'abord contre cette opinion qu'elle a pour effet de faire passer des hypothèques sur des meubles, ce qui est contraire à l'art. 2119 C. c. ; mais nous répondrons qu'un pareil résultat a lieu toutes les fois qu'il y a purge et que la solution n'est pourtant pas contestée ; c'est ce qui arrive d'une façon générale, toutes les fois que le droit de préférence survit au droit de suite ; en second lieu, ces auteurs prétendent qu'il y

a non pas subrogation mais assimilation, et à l'appui de leur théorie ils rappellent les paroles de M. Labiche prononcées au Sénat sur ce point (V. *Journ. off.* 3 f. 1888. d. p. Sénat, p. 82) et aux termes desquelles l'honorable rapporteur assimile l'indemnité due par la Compagnie au prix des objets assurés; mais ces paroles prouvent en notre faveur ; si l'indemnité est assimilée au prix de vente, c'est que les choses se passent comme dans la purge, par conséquent il y a subrogation réelle. Quant au système de la délégation tacite nous le repoussons énergiquement : il aurait pour résultat de déterminer entre les créanciers hypothécaires ou privilégiés l'ordre de préférence par la date des délégations et non par celle des inscriptions ; c'est une conséquence inadmissible.

Mais le droit des créanciers hypothécaires peut-il s'étendre aux autres indemnités qui peuvent être dues au sujet de l'immeuble, notamment, à celle qui doit être subie par l'auteur de la perte ou d'une détérioration quelconque ? Les partisans de l'affirmative se sont appuyés sur l'art. 3, 1^er^ al., qui étend le droit des créanciers hypothécaires aux indemnités dues par le locataire ou le voisin ; nous nous baserons sur ce même texte pour les combattre, car pour nous cet article est limitatif, il est spécial aux cas qu'il prévoit, et pour les autres le droit commun doit reprendre son empire (V. Lyon-Caen, *Traité de droit com.*, t. III, n° 376.)

SECTION III

Critique de la loi du 19 février 1889.

La loi du 19 février 1889, nous venons de le voir, a pour effet d'attribuer l'indemnité au créancier hypothécaire. Ce résultat est-il satisfaisant en pratique ? Nous ne croyons pas qu'il le soit toujours et nous considérons que la loi aurait mieux fait de s'inspirer des raisons que M. Bethmont faisait valoir en 1850 et dont nous avons déjà parlé.

« L'indemnité que reçoit le propriétaire, disait-il, a « une destination indiquée par la nature des choses ; « elle devrait servir à reconstruire l'immeuble, à ré- « parer les dégâts causés par le feu, plutôt qu'à une « distribution du prix. Si la réforme se bornait à exi- « ger que l'emploi des sommes payées par l'assureur « fût consacré à la restauration du gage, si elle donnait « aux créanciers privilégiés et hypothécaires le droit « d'exiger cet emploi, il y aurait tout à la fois pour le « prêteur et pour l'emprunteur la saine exécution du « contrat en même temps que le respect des droits et « des intérêts du propriétaire. »

Et plus loin : « Si l'incendie a détruit les bâtiments « d'une ferme, lesquels sont hypothéqués en même temps « que les terres et ne font avec elle qu'un corps de « biens, les conséquences seront encore plus désastreu- « ses. En effet, ne pas reconstruire les bâtiments brûlés « d'une ferme, c'est anéantir l'exploitation agricole « etc.... »

Nous avons tenu à citer en entier ce passage parce

qu'il présente pour nous le réquisitoire le plus complet et le plus juste qu'on puisse faire contre la loi du 19 février 1889; il dévoile les conséquences désastreuses d'un pareil système et il indique en outre quelle aurait dû être la véritable réforme : employer l'indemnité à la reconstruction de l'immeuble. Les législations étrangères ne s'y sont pas trompées et presque toutes dès avant 1889 ont accompli la réforme dans ce sens.

Ce résultat fâcheux est encore aggravé par un autre qui vient s'y ajouter ; le voici en deux mots : avant la loi de 1889, dans le cas de perte de l'immeuble hypothéqué par suite d'incendie, le propriétaire et le créancier hypothécaire se trouvaient dans la situation prévue par l'art. 2131 du C. c. : le premier avait la faculté d'offrir un supplément d'hypothèque s'il ne préférait payer immédiatement. La loi du 19 février 1889 a eu pour effet, croyons-nous, d'enlever le bénéfice de cet article au propriétaire; il a été établi en effet dans le but de sauvegarder la créance garantie; or la loi vient pourvoir à cette garantie dans le cas qui nous occupe; par conséquent le créancier n'a pas le droit de pour, suivre immédiatement la réalisation de sa créance si elle n'est pas échue, par suite le propriétaire débiteur hypothéqué ne peut offrir un supplément d'hypothèque destiné à écarter une poursuite impossible contre lui. Conséquence : l'indemnité est consignée par la Compagnie d'assurances, le créancier ne peut la toucher, le débiteur non plus; et ce dernier est obligé de faire un second emprunt pour reconstruire.

Nous doutons que le législateur de 1889 ait entrevu un pareil résultat, il est cependant logique et ne

peut être évité que par un accord intervenu entre le créancier hypothécaire et le débiteur propriétaire, accord qui peut ne pas se produire ; c'est plus qu'il n'en faut pour démontrer que la loi du 19 fév. 1889, si elle a consacré une réforme depuis longtemps réclamée par l'opinion publique, n'est pas allée assez loin et aurait dû la faire dans le sens que nous avons indiqué.

CHAPITRE VI

Des réformes à apporter à l'article 2180.

Le moment est venu d'apprécier l'art. 2180 dont nous avons terminé l'étude et d'indiquer les réformes qui devraient y être apportées ; au cours de cette étude nous avons parfois formulé des critiques, nous devons maintenant les justifier en indiquant dans quel sens des améliorations devraient être faites.

Nous ne parlerons pas des innovations profondes qui sont à l'ordre du jour et qui doivent entraîner la refonte complète de notre régime hypothécaire, nous nous plaçons seulement au point de vue de ce qui existe dans notre Code civil et dans l'art. 2180 tel qu'il est formulé.

La loi du 10 juin 1853 sur les sociétés de crédit foncier comparée aux art. 2193 et s. du C. c. nous fournira l'occasion de faire une première observation.

Cette loi du 10 juin 1853 a créé la purge des hypothèques légales au profit du Crédit foncier, quand celui-ci prête à un mari ou à un tuteur ; nous avons vu dans les art. 2193 et s. que le C. civil a permis en faveur des tiers acquéreurs la purge des immeubles par eux acquis relativement aux hypothèques légales dispensées d'inscription ; il serait à souhaiter que ces dispositions fussent généralisées et que cette

faveur de la purge fût étendue aux prêteurs de deniers sans distinction et non limités au Crédit foncier. On peut objecter, il est vrai, que l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 autorise la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée au profit du prêteur, et que par conséquent grâce à cette subrogation la purge est inutile. Il est facile de répondre à cette objection, la subrogation est facultative pour la femme, rien ne peut l'obliger à y consentir, et si elle s'y refuse le crédit du mari se trouvera absolument compromis ; elle peut aussi être impossible dans le cas par exemple d'un régime de dotalité ; c'est alors que le besoin de la purge se ferait sentir, car si la libre circulation des biens est importante, le libre fonctionnement du crédit ne l'est pas moins.

Le chapitre 9, au titre des privilèges et hypothèques, du C. civil devrait donc être pour nous généralisé et étendu au prêteur de deniers ; quant à remplacer les formalités qu'il contient par celles de la loi du 10 juin 1853 nous n'en voyons aucun motif bien concluant.

En ce qui concerne les dispositions sur la renonciation à l'hypothèque, nous en avons formulé les critiques en faisant l'étude de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 et de la loi du 13 février 1889; nous avons défendu dans son ensemble cette dernière loi, mais nous en avons critiqué les dispositions finales, relativement au droit de préférence de la femme; nous ne reviendrons pas sur ces critiques. La même observation est à faire pour la loi du 19 février 1889 relative à l'indemnité due en cas d'incendie de l'immeuble hypothéqué : nous

renvoyons aux observations que nous avons faites sur ce texte.

Reste la prescription. Les dispositions de notre C. civil sur cette matière ont donné lieu à de nombreuses critiques. Les uns, comme l'a fait la loi Belge du 16 décembre 1851, voudraient que la prescription de l'hypothèque ne s'accomplît que par le temps le plus long fixé pour les droits immobiliers; les autres (V. Laurent, t. 31, n° 388, *in fine*) vont plus loin : pour eux le législateur du C. civil aurait dû s'arrêter au premier alinéa de l'art. 2180-4° ; en d'autres termes pour ces auteurs, on n'aurait pas dû distinguer entre le cas où le bien hypothéqué est resté entre les mains du débiteur, et celui où il est passé entre celles d'un tiers; l'hypothèque et le privilège, disent-ils, sont des droits accessoires qui doivent toujours subir le sort du droit principal. MM. Baudry et de Loynes, après avoir parlé de la prescription hypothécaire, ajoutent comme conclusion : « Ainsi ap-« paraît la fragilité du gage hypothécaire ; le créancier « est obligé de veiller à tout instant et de s'assurer que « le débiteur a conservé soit la possession soit la pro-« priété de l'immeuble grevé. Autrement, il court le « risque de perdre la sûreté sur laquelle il comptait. »

Ces critiques des deux éminents professeurs sont fort justes; sont-elles suffisantes pour condamner le système de notre Code civil sur la prescription hypothécaire ? Elles ne paraissent pas l'avoir été pour les deux savants auteurs (V. t. III., *Priv. et hyp.*, p. 515); elles ne le seront pas davantage pour nous : les droits des créanciers hypothécaires sont très dignes d'intérêt, mais ceux des tiers acquéreurs ne le sont pas moins ;

voilà un acheteur qui paie son prix entre les mains du vendeur, il a ignoré de bonne foi qu'il existait des privilèges ou des hypothèques sur l'immeuble, pour fournir un exemple il a chargé un mandataire d'acheter pour son comple et celui-ci l'a induit en erreur en lui cachant les charges qui grevaient l'immeuble : voici un acquéreur qui, si l'on suivait le système de quelques-uns, indéfiniment va pouvoir être inquiété par le créancier hypothécaire, alors que le vendeur a disparu ou est devenu insolvable et pour qui? pour un créancier qui s'est tout au moins montré fort négligent de ses intérêts, qui, pendant 10 ans, nous prenons le cas le plus défavorable pour lui, s'est absolument désintéressé du gage qui devait garantir sa créance, alors que celle-ci depuis 10 ans était devenue exigible, puisque l'art. 2257 est étendu par la jurisprudence à l'action hypothécaire. Qu'on n'invoque pas pour le créancier l'impossibilité de connaître exactement la situation ; n'a-t-il pas le registre des transcriptions qui l'avertira du changement de propriétaire ; en renouvellant ses inscriptions décennales ne doit-il pas, la chose est des plus simples, se reporter à ce registre? Et alors si l'immeuble hypothéqué est passé entre les mains d'un tiers, ce créancier n'a-t-il pas l'action en reconnaissance d'hypothèque qui interrompra la prescription à son égard ?

On dira peut-être que ce sont là des formalités bien ennuyeuses auxquelles on veut l'astreindre et qu'aucun texte de la loi ne l'y oblige ; fort bien, mais la prudence la plus élémentaire recommande au créancier hypothécaire d'agir de cette façon et s'il ne le fait pas,

s'il subit un préjudice, il doit s'en prendre à lui-même et non au législateur ; il ne suffit pas dans les affaires de se conformer strictement à la loi, il faut savoir profiter des armes qu'elle nous fournit pour sauvegarder nos intérêts.

Vu, le Doyen
LE COURTOIS

Vu par le Président.
C. DE LA MÉNARDIÈRE

Vu et permis d'imprimer.

Poitiers, le 14 avril 1897.

Le Recteur
F. CONS

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos 1

CHAPITRE PREMIER

Extinction de l'obligation principale 3

Section première. — Le Paiement 5

Section II. — La Remise volontaire 10

Section III. — La Compensation 13

Section IV. — La Confusion 15

CHAPITRE II

Renonciation du créancier au privilège ou à l'hypothèque 16

Section première. — Étude de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855 sur la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée .. 21

§ 1er. — Authenticité de la Subrogation 23

§ 2. — Publicité de la Subrogation, ses effets à l'égard des tiers 26

Section II. — Réformes apportées par la loi du 13 février 1889. 29

§ 1er. — Acte authentique 31

§ 2. — Mode nouveau de publicité : la transcription vaut purge 34

§ 3. — Limitation des cas de renonciation tacite 38

§ 4. — Elle fait survivre au profit de la femme un droit de préférence au droit de suite et crée, en faveur de l'acquéreur, la subrogation à ce droit de préférence en cas de paiement 41

Section III. — Effets de la subrogation à l'hypothèque légale à l'égard du créancier subrogé et à l'égard de la femme 48

§ 1er. — Effets de la subrogation à l'égard du créancier subrogé 49

§ 2. — Effets de la subrogation à l'égard de la femme ... 52

CHAPITRE III

La Purge. 55
Section première. — Conditions nécessaires pour pouvoir purger? 60
§ 1er. — Quelles choses sont susceptibles d'être purgées?. 61
§ 2. — Quelles personnes peuvent purger?..... 62
Section II. — Formalités de la purge..... 70
§ 1er. — Formalités que doit remplir le tiers acquéreur pour purger..... 70
§ 2. — De la surenchère..... 74
Section III. — De la Purge virtuelle..... 79
§ 1er. — Adjudication sur surenchère du dixième..... 82
§ 2. — Vente sur saisie immobilière..... 83
§ 3. — Vente judiciaire quelconque suivie d'une surenchère du sixième..... 86
§ 4. — La vente des immeubles d'un failli faite depuis l'union par les syndics et suivie de surenchères du dixième d'après l'art. 573 C. comm..... 86
§ 5. — Vente sur expropriation pour cause d'utilité publique. 88

CHAPITRE IV

Prescription du privilège et de l'hypothèque..... 91

CHAPITRE V

Des modes d'extinction non prévus par l'article 2180..... 103
Section première. — Perte de l'objet hypothéqué avant la loi du 19 février 1889..... 104
Section II. — Réformes apportées par la loi du 19 février 1889. 106
§ 1er. — Loi de 1889..... 106
Section III — Critique de la loi du 19 février 1889..... 110

CHAPITRE VI

Des réformes à apporter à l'article 2180..... 113

Poitiers. — Imp. BLAIS et ROY, 7, rue Victor-Hugo.